كفاية النبيه
شرح التنبيه
في فقه الإمام الشافعي

تأليف

الإمام الفقيه أبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة
المتوفى ٧١٠ هـ

ويليه

الهداية إلى أوهام الكفاية

تأليف

الإمام الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي
المتوفى ٧٧٢ هـ

دراسة وتحقيق وتعليق

الأستاذ الدكتور مجدي محمد سرور باسلوم

الجزء العاشر

يحتوي على الأبواب التالية:

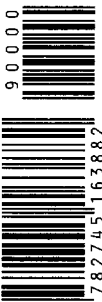
الحجر - الصلح - الحوالة - الضمان - الشركة
الوكالة - الوديعة - العارية - الغصب

http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title	: **KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH**	**كفاية النبيه شرح التنبيه** :	الكتاب
Classification:	Shafeit jurisprudence	: فقه شافعي	**التصنيف**
Author	: Imām Najmuddīn Ibn al-Rifʿah	: الإمام ابن الرفعة	**المؤلف**
Editor	: Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm	: د.مجدي محمد سرور باسلوم	**المحقق**
Publisher	: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah	: دار الكتب العلميـــــة ــ بـيروت	**الناشر**
Pages	: 10464 (20 volumes)+general glossary	: 10464(20 جزءاً)+ الفهارس العامة	**عدد الصفحات**
Year	: 2009	: 2009	**سنة الطباعة**
Printed in	: Lebanon	: لبنان	**بلد الطباعة**
Edition	: 1st	: الأولى	**الطبعة**

DKI
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

ISBN 978-2-7451-6388-2



بسم الله الرحمن الرحيم

باب الحجر

الحجر في اللغة: المنع، والحظر، والتضييق؛ قال الله تعالى: ﴿حِجْرًا مَّحْجُورًا﴾ [الفرقان: ٢٢]، أي: حرامًا محرمًا، وكل محرم ممنوع، وكل تحريم منع، وقال ﷺ للأعرابي الذي قال: اللهم ارحمني ومحمدًا، ولا ترحم معنا أحدًا: «لقد تحجَّرْتَ واسعًا»[(١)]، أي: رحمة الله واسعة، فلا يجوز أن تحجرها وتمنعها من الوصول إلى غيرنا. ومن ذلك سُمي حِجر البيت حِجْرًا؛ لأنه يمنع من الطواف. وقيل في الدار المحوطة: حجرة[(٢)]؛ لأن بناءها يمنع من الوصول إليها.

والمراد بالحجر في اصطلاح العلماء: المنع من التصرف[(٣)]، وهو نوعان:

الأول: لحق الغير، وهو خمسة أضرب: حجر المفلس لحق الغرماء، وحجر الراهن لحق المرتهن، وحجر المريض لحق الورثة، وحجر العبد لحق السيد، وكذا المكاتب، مع أن فيه حق الله -تعالى- أيضًا.

قال الإمام: وقد أنكر بعض أصحابنا عد الرقيق من المحجورين، وقال: إنه لا يملك شيئًا ففيمَ يتصرف؟! ثم قال: وهذا لا أصل له.

وحجر المرتد لحق المسلمين.

[قلت:][(٤)] وينبغي أن يلحق بما ذكر حجر سادس: وهو الحجر على الورثة

---

(١) أخرجه البخاري (١٢/ ٥٠) كتاب الأدب، باب: رحمة الناس والبهائم، برقم (٦٠١٠).

(٢) في ج: محجرة.

(٣) قوله: والمراد بالحجر في اصطلاح العلماء: المنع من التصرف. انتهى كلامه.
وهذا التعريف ناقص، ولا بد أن يقول: من التصرف في المال؛ لأن طلاق السفيه وخلعه صحيحان، فإن قيل: هذا القيد وإن حسن لإخراج طلاق السفيه، لكن يعكر من جهة أن طلاق الصبي والمجنون لا يصح؛ فلا بد من إدخالهما - قلنا: إنما لم يصح طلاقهما؛ لسلب عبارتهما، وهو أمر زائد على معنى الحجر. [أ و].

(٤) سقط في أ.

في التركة لحق الميت وحق الغرماء.

وسابع: وهو الحجر على السيد في المكاتب لحقه، وكذا في العبد الجاني على قولٍ[(١)].

(١) قوله: وهو - أي الحجر - نوعان: الأول: لحق الغير، وهو خمسة أضرب: حجر المفلس لحق الغرماء، وحجر الراهن لحق المرتهن، وحجر المريض لحق الورثة، وحجر العبد لحق السيد وكذا المكاتب، وحجر المرتد لحق المسلمين قلت: وينبغي أن يلحق بما ذكر حجر سادس: وهو الحجر على الورثة في التركة لحق الميت وحق الغرماء، وسابع: وهو الحجر على السيد في المكاتب لحقه، وكذا في العبد الجاني على قول. انتهى كلامه.
أهمل - رحمه الله - ضروبا كثيرة:
أحدها: الحجر الغريب المذكور في البيع، وهو الحجر على المشتري في السلعة وجميع ماله إلى أن يحضر الثمن، وكذلك المستأجر.
الثاني: الحجر على الممتنع من إعطاء الدين وماله زائد، إذا التمسه الغرماء كما صححه الرافعي في باب الفلس.
الثالث: إذا فسخ المشتري بعيب كان له حبس المبيع إلى قبض الثمن، ويحجر على البائع - والحالة هذه - في بيعه كما نقله الرافعي في الكلام على حكم المبيع قبل القبض عن صاحب «التتمة».
الرابع: الحجر على المؤجر فيما استأجره على العمل فيه، وقد ذكره الرافعي في البيع في الكلام على حكم المبيع قبل القبض، في أثناء كلام أوله: قال: وبيع الميراث، فقال: ومنها: إذا استأجر صباغا ليصبغ ثوبا وسلمه إليه، فليس للمالك بيعه ما لم يصبغه؛ لأن له أن يحبسه إلى أن يعمل ما يستحق فيه العوض، وإذا صبغه فله بيعه قبل الاسترداد إن وفي الأجرة، وإلا فلا؛ لأنه ليستحق حبسه إلى استيفائها. هذا كلام الرافعي، ثم عدد - أيضا - أمثلة أخرى ملحقة بذلك، والإلحاق واضح من التعليل، وقد ذكر في «التتمة» ما ذكره الرافعي، ثم ذكر شيئا آخر ينبغي معرفته، فقال في الباب السابع من أبواب البيع: الثالث عشر: إذا استأجر إنسانًا شهرا ليرعى أغنامه، أو ليحفظ مالا له معينا، ثم أراد أن يتصرف في ذلك المال - فالبيع صحيح؛ لأن حق الأجير لم يتعلق بذلك المال، فإن المستأجر لو أراد أن يستعمله في مثل ذلك العمل لكان جائزا.
الخامس: الحجر على الغانم لمال من استرق وعليه دين، فإذا كان على حربي دين فاسترق وله مال، ثم غنم الذي أسره أو غيره ذلك المال - فإنه يحجر عليه فيه؛ مراعاة لأرباب الديون، كالحجر على الوارث في التركة؛ لأن الرق كالموت، وتوفى منه ديون العبد وإن زال ملكه عنه، كذا ذكر الرافعي في كتاب السير.
السادس: ذكره الجرجاني في «الشافي»، وهو الحجر على المشتري في المبيع قبل القبض.
السابع: ذكره المحاملي، وهو الحجر على العبد المديون لحق الغرماء.
الثامن: نفقة الأمة المزوجة ملك للسيد، وليس له أن يتصرف فيها ببيع أو غيره حتى يعطي بدلها للأمة؛ لأن حقها متعلق بعينها، كذا ذكره الرافعي.
التاسع: إذا أعتق الشريك نصيبه، وقلنا: لا يسري إلا بدفع القيمة، فتصرف المالك بالبيع وغيره - ففي صحته وجوه، أصحها عند الجمهور - كما قال الرافعي -: أنه لا يصح؛ لأن صحته تؤدي إلى إبطال ما =

. . . .

= يثبت للمعتق من الولاء، والثاني: نعم، والثالث: يصح العتق دون غيره.
العاشر: إذا قال الشريكان للعبد المشترك: إذا متنا فأنت حر، فلا يعتق العبد ما لم يموتا جميعا - إما على الترتيب أو معا؛ لأنهما علقا عتقه بموتهما، كذا ذكره الرافعي في أوائل التدبير، ثم قال: فإن ماتا معا ففي «الكافي» للروياني وجه: أن الحاصل عتق تدبير؛ لاتصاله بالموت، والظاهر: أنه عتق؛ لحصول الصفة لمعلق العتق بموته وموت غيره، والتدبير تعليق العتق بموت نفسه، وإن ماتا على الترتيب فعن أبي إسحاق: أنه لا تدبير - أيضا - والظاهر: أنه إذا مات أحدهما يصير نصيب الباقي مدبرا؛ لتعلق العتق بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبي منك مدبر، ونصيب الميت لا يكون مدبرًا وهو بين المدتين ملك للورثة، فلهم التصرف فيه، بما لا يزيل الملك كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه؛ لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك الآخر، وقيل: لهم بيعه؛ لأن أحد شرطي العتق لم يوجد.
الحادي عشر: الدار التي استحقت المعتدة بالحمل أو بالأقراء أن تعتد فيها لا يجوز بيعها؛ لأن حق المرأة متعلق بها، والمدة غير معلومة، بخلاف عدة الوفاة.
الثاني عشر: إذا اشترى دابة، فأنعلها، ثم اطلع على عيب بها، وكان قلع النعل يؤدي إلى التعييب، فردها المشتري وترك النعل للبائع - فإنه يُجْبَر على قبوله، وليس للمشتري طلب قيمة النعل، ثم تَرْك النعل هل هو تمليك من المشتري للبائع لو سقط، أم إعراض؛ فيكون للمشتري؟ وجهان، أشبههما - كما قاله الرافعي - هو الثاني. وإذا علمت ذلك فيمتنع بيعه على المشتري؛ لما تقدم في دار المعتدة.
الثالث عشر: إذا أعار أرضا للدفن فإنه لا يرجع فيها قبل أن يبلى الميت؛ لما فيه من هتك حرمته بالنبش، ولو أراد بيع تلك البقعة لم يجز؛ لجهالة مدة البقاء.
الرابع عشر: إذا فعل الغاصب في المغصوب ما يقتضي انتقاله إليه، كما لو خلطه بما لا يتميز، ونحو ذلك مما ذكروه في الغصب كالتعفين الساري للهلاك - فإنه يجب عليه البدل، ولا يمكن إيجابه عليه مع بقاء المغصوب في ملك المغصوب منه؛ لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل؛ فتعين انتقاله إليه ولا يمكن أن يجوز للغاصب التصرف فيه؛ لأن المغصوب منه لم يرض بذمته فتعين الحجر عليه فيه.
الخامس عشر: إذا أوصى بعين تخرج من الثلث وباقي ماله غائب، فيحجر على الموصي له في الثلثين؛ لاحتمال التلف، والأصح: أنه لا ينفذ تصرفه في الثلث - أيضا - وإن تيقنا أنه له، كما أن الوارث لا يتمكن من التصرف في الثلثين.
السادس عشر: الحجر على من اشترى عبدا بشرط الإعتاق؛ فإنه لا يصح بيعه وإن كان بشرط الإعتاق على الأصح؛ لأن العتق مستحق عليه.
السابع عشر: الحجر على السيد في بيع أم الولد.
الثامن عشر: إذا أقام شاهدين على ملك سلعة، ولم يعدَّلا - فإن الحاكم يحول بينها وبين المدعى عليه على الصحيح وحينئذ فيمتنع عليه بيعها وهبتها وغير ذلك، كما ذكره الرافعي في الباب الثاني من أبواب الشهادات، وفي المنع قبل الحيلولة وجهان.
التاسع عشر: إذا اشترى عبدا بثوب مثلًا، وشرطا الخيار لمالك العبد - فالملك فيه له، ويكون الملك في الثوب باقيا على من بذله؛ لئلا يجتمع الثمن والمثمن في ملك رجل واحد، وحينئذ لا يجوز =

وهذه الأضرب بأسرها خاصة لا تعم جميع التصرفات.

الثاني: لمصلحة المحجور عليه، وهو ثلاثة أضرب:

أحدها: حجر المجنون، وألحق به القاضي الحسين الحجر على النائم؛ لأن التصرفات الصادرة منه في النوم لا تنفذ.

قال: ويمكن نظمها في لفظ واحد، وهو زوال العقل.

والثاني: حجر الصبي، وألحق به المتولي من له أدنى تمييز، ولم يكمل عقله.

والثالث: حجر السفه، وهذا النوع هو المبوب عليه، وقد أُلحق به السكران على أحد القولين [عمومًا، وعلى قولٍ: فيما له دون ما عليه، وعلى طريقٍ: في أقواله - على أحد القولين][1] - دون أفعاله.

ثم أضرب هذا النوع الأول أعم من الثاني، والثاني أعم من الثالث.

= لمالكه التصرف فيه قبل فسخ مالك العبد؛ لئلا يؤدي إلى إبطال ما ثبت فيه من الخيار.

العشرون: إذا رهن جارية، ثم وطئها؛ فحبلت منه وهو معسر - فإن الاستيلاد لا ينفذ على الصحيح، فلو حل الحق وهي حامل لم يجز بيعها على الأصح؛ لأنها حامل بحر، وإذا ولدت لا تباع حتى يسقي الولد اللِّبَأ ويجد مرضعة؛ خوفا من أن يسافر بها المشتري فيهلك الولد، كذا قاله الرافعي، ولو قيل بالبيع وإلزام الإقامة كما في الحرة وأمه كان متجها.

الحادي والعشرون: إذا أعطي الغاصب القيمة للحيلولة، ثم ظفر بالمغصوب - فله حبسه إلى استرداد القيمة، كذا نقله الرافعي في باب الغصب عن نص الشافعي، ثم مال إلى خلافه، ويلزم من حبسه امتناع تصرف مالكه بطريق الأولى.

الثاني والعشرون: بدل العين الموصي بمنفعتها إذا أتلفت، حكمه حكم أصله.

الثالث والعشرون: أعطى لعبد قوته، ثم أراد عند الأكل إبداله - قال الروياني: ليس له ذلك، وقيده الماوردي بما إذا تضمن الإبدال تأخير الأكل.

الرابع والعشرون: إذا نذر إعتاق عبد بعينه فإنه لا يخرج عن ملكه إلا بالإعتاق، ومع ذلك لا يجوز له التصرف فيه، بخلاف ما إذا نذر الصدقة بدرهم بعينه؛ فإنه يزول ملكه عنه إلى الفقراء، ولو أوصى بإعتاقه أو بوقفه كان كالنذر.

الخامس والعشرون: إذا دخل عليه وقت الصلاة وعنده ما يتطهر به، فلا يصح بيعه ولا هبته على الصحيح؛ لحق الله - تعالى - وهكذا قياس السترة ونحوها كالذي يعتمد عليه العاجز عن القيام، والمصحف الذي يقرأ منه غير الحافظ.

السادس والعشرون: إذا وجبت الكفارة على الفور، وكان في ملكه ما يجب عليه التكفير به - فقياس ما سبق: امتناع تصرفه فيه، ولا يحضرني الآن نقله، ومن عليه دين لا يرجو وفاءه، أو وجبت عليه نفقة غيره - لا يحل له التصدق بما معه ولا هبته، ولكن لو فعل ففي نفوذه نظر. [أ و].

(١) سقط في د.

والأصل في ثبوت الحجر على من ذكر في هذا الباب قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، أخبر الله - تعالى - أن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فيما عليهم، فدل على ثبوت الحجر عليهم، والمراد بالسفيه في الآية: المبذر، صغيرًا كان أو كبيرًا، وبالضعيف - كما قال الشافعي-: الصغير[1] والكبير إذا اختل، وبالذي لا يستطيع الإملال: المجنون، ويدل على ذلك في الصبي أيضًا قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦] إلى آخرها.

قال: لا يجوز تصرف الصبي والمجنون في مالهما؛ لمكان الحجر الذي دللنا عليه، وإلا ذهبت فائدته، ولأن أصلح التصرفات فيه البيع، وقد دللنا في أول كتاب البيع على امتناعه منهما، فغيره بالمنع أولى، ولا يستثنى من ذلك إلا وصية الصبي وتدبيره؛ فإن فيهما خلافًا يأتي، إن شاء الله تعالى.

قال: ويتصرف في مالهما الولي؛ للآية، ولأنه الناظر المنصوب لمصالحهما.

قال: وهو الأب، ثم الجد - أي: أبو[2] الأب - بعد الأب؛ لأن التصرف ولاية في حق الصغير، فقدم الأب والجد فيها على غيرهما، كولاية النكاح؛ ولأن الحجر عليهما يثبت بغير حاكم؛ فلم يكن النظر إليه ابتداءً.

ويشترط في صحة تصرف الأب والجد ولايتهما على مال الولد -وإن سفل عند العراقيين-: العدالة الظاهرة، وهل تشترط العدالة الباطنة؟ فيه وجهان.

وحكى الإمام في كتاب النكاح أن الشيخ أبا علي والقاضي، وكل مُنْتَمٍ إلى التحقيق قالوا: ولاية المال تتنزل منزلة ولاية النكاح في طرق القطع وطرق الخلاف، فإن جعلنا المسألة على قولين في أن الفاسق هل يلي التزويج نطرد القولين في ولاية المال بلا فصل.

ثم قال: وهذا الذي لا ينقدح غيره.

وفي «التتمة»: أن العدالة لا خلاف في أنها معتبرة في حفظ المال، حتى لو كان القريب فاسقًا لا يمكَّن منه، وهل يمكن من التصرف فيه؟ فيه وجهان مبنيان على أن عامل المساقاة إذا فسق هل يضم إليه أمين؟ أو ينصب الحاكم عاملاً عنه؟ فيه قولان.

---

(١) في جـ: الصغيرة.

(٢) في الأصول: أب.

ولا خلاف عند الفريقين في اشتراط إسلام الأب إذا كان الولد مسلمًا، وإن كان كافرًا؛ ففي اشتراط كون الأب مسلمًا وجهان في «الذخائر»، وقال: إن الأظهر منهما عدم الاشتراط، وهو ما ادعى الإمام في باب شرط الذين تقبل شهادتهم: أنه ظاهر المذهب كولاية النكاح.

وحُكيَ في «بحر المذهب» قبل باب إتيان النساء في أدبارهن: قال في «الحاوي»: ولاية المال في الكافر على الصغار من أولاده إن لم يرفعوا إلينا نقرهم عليها، وإن رفعوا إلينا لم يجز أن يؤتمنوا على أموالهم، وترد الولاية فيه إلى المسلمين، بخلاف الولاية في النكاح؛ لأن المقصود بولاية المال الأمانة، وهي في المسلمين أقوى، والمقصود بولاية النكاح الموالاة، وهي في الكافر للكافر أولى.

فرع: إذا اعتبرنا فيهما العدالة، ففسق من له الولاية منهما فهل ينعزل؟ حكى الإمام في كتاب العارية وجهين فيه، بناءً على عزل الوالي، وأظهرهما - [على][1] ما حكاه القاضي الحسين في باب تجارة الوصي بمال اليتيم-: أنه ينعزل، والمذكور في «الرافعي» في باب الوصية، أن المال ينزع منه، فإن قلنا بأنه ينعزل فلو عاد أمينًا عادت الولاية من غير نظر الحاكم على أحد الوجهين. قال الإمام: وهو الذي يجب القطع به. وهو ما حكاه الرافعي، والوجه الثاني: أنه لا يعود ما لم ينظر الحاكم في أمره، فإن رآه أمينًا واستبرأه عاد إلى حكم الولاية، ولا يشترط أن يقول الوالي: نصبتك وليًا.

آخر: إذا فسق الولي قبل انبرام البيع، هل يبطل البيع؟ فيه وجهان في «الرافعي» في آخر الوصايا عن «الجرجانيات» لأبي العباس الروياني.

قال: ثم الوصي - أي: من قبل الأب أو الجد[2] ؛ لأنه يقوم مقامهما، وهذا إذا صرح له في الوصية بالتصرف في المال، أما إذا قال له: نصبتك وصيًا على أطفالي، فإنه يثبت له بذلك حفظ المال، وهل يتسلط به على التصرف؟ فيه وجهان يأتيان في الوصية. وقيل: إن وصي الأب مقدم على الجد. وهو بعيد.

قال: ثم الحاكم ؛ لأنه ولي من لا ولي له، كما نص عليه صاحب الشرع؛ ولأن ذلك من المصالح؛ فإذا عدم الولي الخاص انتقل إلى الحاكم كولاية النكاح.

---

(١) سقط في أ، جـ.

(٢) في أ، جـ: والجد.

قال: أو[١] أمينه؛ لأنه قائم مقامه، وهذا إذا نصبه الحاكم ليتصرف في المال، ولا يكفي أن يقول: نصبتك [قيمًا][٢] في أمرهما، فإن [قال][٣] ذلك لا يتسلط[٤] إلا على حفظ المال لا غير.

وفي «الرافعي» في باب الوصية: أن الأستاذ أبا منصور أغرب فحكى عن بعض الأصحاب: أنه إذا كان في الورثة رشيد قام بقضاء الديون وتنفيذ الوصايا وأمور الأطفال وإن لم ينصبه القاضي.

قال: وقيل : تتصرف الأم بعد الجد، أي: وإن كان له وصي كما صرح به الرافعي، وهو قول أبي سعيد الإصطخري، ووجهه: أنها أحد الأبوين؛ فكانت لها ولاية التصرف في المال كالأب، وهذا ما حكى الرافعي في كتاب النفقات أن الجويني صححه في «النهاية»، وأنه أفتى به القاضي الروياني.

فعلى هذا: تكون الولاية بعدها لوصيها، وهل تنتقل إلى أبويها؟ فيه وجهان:

المذكور منهما في «الإيضاح» للصيمري: الانتقال، وفي «الحاوي» في كتاب الرهن: أن أمها تستحق الولاية بعدها، وأما أبوها فهل تكون له الولاية على هذا المذهب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كما لا حضانة له، وفي «الذخائر» أن بعض أصحابنا قال: إذا بان للأم ولاية فإنها تقدم على الجد، وكذلك حكاه القاضي أبو الطيب في باب الأوصياء عن أبي سعيد الإصطخري.

والمذهب الصحيح: أن الأم لا تصرف لها، ولا ولاية؛ لأن ذلك أمر ثابت بالشرع، لا بولاية آدمي؛ فلم يثبت للأم كولاية النكاح، وقد ذكرت في باب (ما يجوز بيعه): أن كلام الشيخ هنا يفهم أن لفظ الولي يشمل الأب والجد والوصي والحاكم وأمينه، وقد وجدته مصرحًا به في «تعليق» القاضي الحسين في [باب][٥] تجارة الوصي بمال اليتيم، وسنذكر من كلام الغزالي ما يقتضي خلافه.

واعلم أن التصرف الذي يَسُوغ للولي في مالهما وفي مال السفيه - أيضًا - هو ما له فيه مصلحة من بيعه بالغبطة، ونحوها - كما سنذكره - وصرفه فيما على المولى عليه من ديون وغرامات المتلفات، وله تفرقة الزكوات، وإخراج

---

(١) في التنبيه: و.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) في أ: يسلط.
(٥) سقط في د.

الكفارات بسبب قتل في حق الصبي والمجنون، ويمين في حق السفيه، كما صرح به القاضي الحسين، وحكى الرافعي عن المتولي وجهًا في كفارة القتل؛ لأنها ليست على الفور، ويتجه أن يجيء في كفارة اليمين -أيضًا- إذا قلنا: إنها على التراخي، كما ستقف عليه في موضعه.

والمذكور في «تعليق» البندنيجي و«مجموع» المحاملي: أن السفيه إذا حلف يكفر بالصوم كالعبد، وقال المتولي: إذا كثرت أيمانه وحنثه فالكفارة تلزمه، ولكن لا يخرجها الولي من ماله، ولا يصح صومه عن الكفارة أيضًا؛ لأنه موسر، ولكن تبقى الكفارة عليه، حتى إذا أعسر يومًا من الدهر يصوم، ثم قال: وهذا على قولنا: الاعتبار[1] في الكفارات بوقت الأداء.

وينفق عليه وعلى من تلزمه نفقته من والد وولد وغيرهما، لكن يشترط في نفقة الولد أن يثبت نسبه بالبينة؛ فإنه لو ثبت نسبه بإقرار السفيه [- إذا رأيناه، كما سنذكره في الإقرار، إن شاء الله تعالى -][2] كانت نفقته في بيت المال، وينفق على السفيه ما يحتاج إليه بسبب الحج الواجب [عليه][3]، وكذا ما يحتاج إليه في إتمام حج التطوع الذي [أحرم به قبل الحجر[4]، أو نذره، ولا ينفق عليه في حج التطوع الذى][5] شرع فيه بعد الحجر إلا قدر نفقة الحصر[6]، فإن لم يكفه ذلك، وكان يقدر على تحصيل ما يكفيه بالتكسب والتحمل، لزمه المضيُّ فيه، وإلا فهو كالمحصر،؛ فيتحلل بالصوم إن رأيناه، وقيل: هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة؛ فلا يتحلل إلا بلقاء البيت، حكاه الرافعي، والذى أورده الأكثرون، وهكذا إذا ارتكب شيئًا من محظورات الإحرام كفر بالصوم، قاله المحاملي والبندنيجي.

قلت: ويتجه أن يكفر بالمال؛ بناء على مذهب القاضي في كفارة اليمين، وحكم الإنفاق عليه في الحجة المنذورة بعد الحجر كحجة الإسلام؛ إن قلنا: يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع، وإلا فكالمتطوّع بها. قاله المتولي، وأنه لا يسلم الولي إليه عند سفره شيئًا من النفقة، بل يدفعها إلى أمين ينفقها عليه في الطريق، ولا يسرف في الإنفاق عليه ولا يقتر، فإن أسرف[7] ضمن، وحكي في

---

(١) في أ: الإعسار.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: الحج.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: الحضر.
(٧) في أ: أنفق.

«الذخائر» عن الشاشي: أن من أصحابنا من قال: يجب له مثل كسوة أبيه، قال في «البحر» في كتاب الوصية: وهذا لا يصح.

قال القاضي الحسين في أواخر باب حد الخمر: وينفق عليه أجرة من يعلمه من القرآن ما يؤدي به فرائض الصلاة؛ لأنه يجب عليه بعد البلوغ تعلمه، ولو علمه حرفة أو جميع القرآن ففي الأجرة وجهان:

أحدهما: في مال الصبي؛ [لأن النفع عائد إليه](١).

والثاني: لا؛ لأنه يجب عليه بعد البلوغ.

وله أن يشتري للمولى عليه خادمًا عند الحاجة إذا كان مثله يُخدم.

وفي «الرافعي» في كتاب الوصية: أنه إذا رأى أن يدفع للسفيه نفقة أسبوع أسبوع فَعَلَ، فإن كان لا يثق به دفعها إليه يومًا بيوم، ويكسوه كسوة مثله، فإن كان يخرقها هدده، فإن لم يمتنع اقتصر في البيت على إزار، وإذا خرج كساه، وجعل عليه رقيبًا. وينفق على عقاره ودوابه، والله أعلم.

قال: **ولا يجوز لمن يلي مالهما أن يبيع لهما شيئًا من نفسه؛ [لأجل التهمة]**(٢)، **إلا الأب والجد**؛ فإنهما لا يتهمان لوفور شفقتهما، وفرط حنوهما، ويؤيد المنع في حق غيرهما ما روي أن النبي ﷺ قال: «لَا يَشْتَرِي الْوَصِيُّ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ»(٣)، وكذلك(٤) لا يجوز لغير الأب والجد أن يبيع مال صغير تحت يده، لصغير آخر تحت يده، ويقبل له، لكن المأخذ في هذه الصورة اتحاد العاقد، وفي «الرافعي» في باب الوصية: أنه يجيء مما تقدم في نظائر المسألة من الوكالة وجه: أن له أن يبيع المال من نفسه، ويتولى الطرفين.

فرع: إذا كان الصبي محتاجًا إلى الاستقراض لأجل النفقة، فهل يجوز للقاضي أن يأذن للقيم في أن ينفق عليه من مال نفسه ليرجع عليه؟ قال أبو الفرج السرخسي: هو كما لو أذن القاضي للملتقط في الإنفاق على اللقيط من مال نفسه ليرجع عليه.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) ذكره الحافظ في التلخيص (٣/ ٩٦): وقال لم أجده، وقد أخرج البيهقي (٦/ ٣) من طريق زهير ابن أبي إسحاق عن صلة بن زفر قال: كنت جالسًا عند ابن مسعود فجاء رجل من همدان على فرس أبلق فقال: يا أبا عبد الرحمن اشتر هذا؟ قال: ما له؟ قال: إن صاحبه أوصى إليَّ قال: لا تشتره ولا تستقرض من ماله.
(٤) في جـ: وكذا.

والحكم في هذه الصورة: أن الشافعي نص على أنه يجوز له ذلك، ونص على أنه لو أذن له في أن ينفق على الضالة من مال نفسه ليرجع لا يجوز، بل يأخذ منه، ويدفعه إلى أمين، ثم الأمين يدفع إليه كل يوم بقدر الحاجة. واتفق أكثر الأصحاب على أن المسألة على قولين:

أحدهما: المنع في الصورتين، وبه قال المزني، وإلا كان قابضًا للغير من مال نفسه ومُقْبِضًا.

وأشبههما عند الشيخ أبي حامد: الجواز؛ لما في الأخذ والرد شيئًا فشيئًا من العسر والمشقة، ولا يبعد أن يجوز للحاجة تولي الطرفين، ويلحق الأمين بالأب في مثل ذلك.

قال: ولا[1] **يبيع لهما شيئًا بدون ثمن المثل**؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وليس هذا بحسن، فضلاً عن أن يكون أحسن؛ فثبت[2] في اليتيم بالنص، وقسنا المجنون عليه؛ لأنه في معناه، وكما لا يجوز أن يبيع بدون ثمن المثل، لا يجوز أن يبيع بثمن المثل وهناك من يطلبه بزيادة ولو حبة، كما صرح به الإمام، وزاد الماوردي: واعتبر في بيعه المال أن يجتهد بحيث لا يتوقع بعد ما باع به زيادة. ولو اتفقت زيادة قبل لزوم العقد، فهل يجب على الولي الفسخ؟ هذا يظهر لي[3] مشابهته للوكيل إذا باع ثم وجد من بذل زائدًا قبل اللزوم، وسأذكره - إن شاء الله تعالى - في الوكالة.

قال: ولا **يهب لهما** مالاً[4]؛ لأنه يؤدي إلى إذهاب المال، إن كانت لا تقتضي الثواب، أو تسليم المال قبل قبض الثواب إن اقتضته، وليس ذلك من التي هي أحسن.

قال: ولا[5] **يكاتب لهما عبدًا**؛ لأن الكتابة في الحقيقة بيع ماله بماله؛ فكان كأنه أخرجه مجانًا، ومن هاهنا يؤخذ أنه لا يجوز له أن يعتق عنهما مجانًا؛ لأنه إذا منع من الكتابة مع ما يتحصل فيها فالعتق مجانًا أولى بالمنع.

قال: ولا أن يغرر بمالهما في المسافرة[6] - أي: سواء كان ذلك للتجارة أو

---

(١) زاد في التنبيه: أن.
(٢) في أ: فيثبت.
(٣) في أ: في.
(٤) في التنبيه: أن يهب مالهما.
(٥) زاد في التنبيه: أن.
(٦) زاد في التنبيه: به.

لغيرها؛ لما روي أنه -عليه السلام- قال: « إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَالَهُ لَعَلَى قَلَتٍ، إِلَّا [مَا][١] وَقَى اللهُ»[٢]، وأراد: لعلى هلاك، وإذا كان كذلك فليست المسافرة من التي هي أحسن.

وظاهر كلام البندنيجي وصاحب «الاستقصاء» يقتضي المنع من المسافرة مطلقًا، حتى قال البندنيجي: ولا يتجر له إلا في البلد وحولها من القرى التي تجري مجرى جوف البلد.

وقد صرح الرافعي بذلك عن العراقيين، والمذكور في طريقة المراوزة -على ما حكاه القاضي الحسين وغيره-: أن السفر إن كان مخوفًا، فلا خلاف في المنع منه، سواء كان في البحر أو البر، وإن كان الغالب منه السلامة فوجهان، أظهرهما في «تعليق» القاضي، وهو الأصح في «الرافعي»: الجواز، وحكى الإمام الوجهين في سفر البر، وقال في سفر البحر: الذي قطع به معظم الأصحاب: المنع، وذهب بعض الأصحاب إلى تخريج ذلك على وجوب ركوب البحر لأجل الحج، فإن لم نوجبه لم تجز المسافرة بالمال فيه، وإن أوجبناه كان كالبر.

قلت: وكلام الشيخ يجوز أن يحمل على ما حكاه البندنيجي من حيث إن السفر مظنة للغرر، ويجوز أن يحمل على ما إذا كان مخوفًا، ويرشد إليه قوله: يغرر؛ فإن السلامة إذا كانت غالبة فلا غرر؛ لما ذكرناه عن «الحاوي» أن الغرر: ما تردد بين جوازين متضادين الأغلب منهما أخوفهما، والله أعلم.

قال: ولا أن يبيعه نسيئة[٣]، أي: بثمن مثله حالاً، أو بأكثر منه من غير رهن؛ لأنه لا حظ للمولى عليه فيه: أما في الأولى؛ فلأن الأجل يقابله قسط من الثمن،

(١) سقط في أ، د.

(٢) رواه السلفي في أخبار أبي العلاء المعري عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «لو علم الناس رحمة الله بالمسافر؛ لأصبح الناس وهم على سفر، إن المسافر ورحله على قلت إلا ما وقى الله».
قال ابن حجر: وكذا أسنده أبو منصور الديلمي في مسند الفردوس من هذا الوجه من غير طريق المعري. وكذا ذكره القاضي النهرواني في كتاب الجليس والأنيس بعد أن ذكره مرفوعًا عن النبي ﷺ، لكنه لم يسق له إسنادًا. وقد أنكره النووي في شرح المهذب، فقال: ليس هذا خبراً عن النبي ﷺ، وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب.
ينظر: تلخيص الحبير: (٣/٩٨)، كشف الخفاء للعجلوني (٢/٢٠٦).

(٣) في التنبيه: أو بيعه نساء.

وقد فوته، وأما في الثانية؛ فلأنه يخرج ماله من يده من غير عوض بأجر.

قال: **إلَّا لضرورة** - أي: لخوف النهب والغرق - فإن البيع في هذه الحالة من التي هي أحسن، وهل يحتاج في هذه الحالة إلى أخذ الرهن على الثمن؟ الحكم فيه - على ما صرح به القاضي أبو الطيب والمتولي - كالحكم فيما [إذا][1] أقرضه في مثل هذه الحالة.

قال: **أو لغبطة، وهو أن يبيع بأكثر من ثمن المثل، ويأخذ عليه رهنًا، أي: يفي بالثمن.**

صورة المسألة: [أن يكون][2] ثمن مثل المبيع نقدًا مائة، فيبيعه بمائة وعشرين نسيئة، ويأخذ عليه رهنًا يساوى مائة وعشرين فأكثر، ووجه الجواز في هذه الحالة: أن الولي مأمور بالتجارة وطلب الفضل؛ بقوله ﷺ: «مَنْ وَلِيَ يَتِيمًا، فَلْيَتَّجِرْ لَهُ وَلا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ»[3]، وروى أنه قال: «ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى، لَا تَأْكُلُهَا الصَّدَقَةُ»[4]، وهذا طريق ذلك، وهذا [هو][5] ظاهر النص، وبه قال أبو إسحاق، وأبو علي بن [أبي][6] هريرة، وسائر الأصحاب كما حكاه الماوردي وغيره، ولكن بشروط أُخَر:

أحدها: أن يشهد على البيع على وجه حكاه الماوردي، وهو ما جزم به البندنيجي [وغيره][7].

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) أخرجه الترمذي (٣/ ٣٢) كتاب الزكاة، باب: ما جاء في زكاة مال اليتيم (٦٤١)، والدارقطني (٢/ ١١٠)، كتاب الزكاة، باب: وجوب الزكاة في مال الصبي واليتيم (١)، والبيهقي (٤/ ١٠٧)، كتاب الزكاة، باب: من تجب عليه الصدقة، وأبو عبيد في الأموال ص (٤٠٤)، كتاب الصدقة وأحكامها وسننها (١٢٩٩).

(٤) أخرجه البيهقي (٤/ ١٠٧)، كتاب الزكاة: باب من تجب عليه الصدقة، موقوفًا على عمر -رضي الله عنه- وقال ابن التركماني: كيف يكون صحيحًا ومن شرط الصحة الاتصال وسعيد ولد لثلاث سنين مضين من خلافة عمر ذكره مالك وأنكر سماعه منه وقال ابن معين رآه وكان صغيرًا ولم يثبت له سماع منه وأسند البيهقي في كتاب المدخل عن مالك أنه سئل هل أدرك ابن المسيب عمر قال: لا، ولكنه ولد في زمانه فلما كبر أكب على المسألة عن شأنه حتى كأنه رآه ولهذا لم يخرج الشيخان لابن المسيب عن عمر شيئًا ثم إن هذا الأثر اختلف فيه فرواه ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن عمرو بن شعيب عن عمر ولم يذكر ابن المسيب وخالفه حماد بن زيد فرواه عن عمرو بن دينار ولم يذكر عمرو بن شعيب ولا ابن المسيب كذا ذكره الدارقطني في علله.

(٥) سقط في أ. (٦) سقط في أ. (٧) سقط في أ.

والثاني: أن يكون الأجل سنة فما دونها، على وجه حكاه الماوردي، وامتنع سائر الأصحاب من تحديده بسنة، وأن المرجع فيه إلى العرف، وهو الذي جعله صاحب «الحلية»: المذهب.

والثالث: أن يكون المشتري ثقة موسرًا؛ فيجتمع فيه الوصفان، فلو فقد أحدهما لم يصح.

قلت: وفي اعتبار اليسار مع أخذ رهن يساوي الدين نظر.

وقد حكي عن أبي سعيد الإصطخري أنه منع البيع بثمن مؤجل مطلقًا، إلا أن يكون الأجل فيما زاد على [المثل، ويكون][1] ثمن المثل حالاً، وقبض قدر ثمن المثل، وارتهن بالقدر الزائد عليه.

قال الإمام: وهذا بعيد لا أصل له، ولا ينتظم عليه عاقل، وكلام الماوردي قريب منه.

وفي «المرشد»: أنه إذا باع في مثالنا بمائة نقدًا وبمائة وعشرين نسيئة من غير رهن جاز، ولا يقوم الكفيل مقام الرهن فيما ذكرناه.

وقال الإمام: الأصح: أنه لا حاجة إلى الرهن مع يسار المشتري.

وبه جزم الغزالي في «الوسيط» متمسكًا بأنه ليس في بيع ماله نسيئة من غير رهن بأكثر من الإبضاع بمال الطفل، وهو جائز؛ لأجل الزيادة.

ثم ما ذكرنا فيما إذا بيع مالهما لغير الأب والجد، [أما إذا بيع من الأب والجد][2]، فلا يحتاج إلى أخذ الرهن، صرح به البغوي [وغيره][3].

فائدة: قد ذكرت في أثناء الكلام أن الولي مأمور بالتجارة وطلب الفضل من غير بيان أن ذلك على وجه الاستحباب، أو على وجه الوجوب، ولا غنى عن بيانه:

فالذى حكاه ابن الصباغ وغيره مما وقفت عليه من كتب العراقيين: الأول.

وفي «الوسيط» في الفصل السادس فيما يجب على الولي من كتاب النكاح: أن مال الطفل -[أي][4]: الذي ليس بمعد للقُنْية[5] والحاجة، كما قيده الرافعي- إذا طلب بزيادة وجب البيع، وأنه لا يجب على الولي أن يكد [نفسه

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ، جـ.
(٥) في أ: للنفقة.

بالتجارة][1] والاستنماء[2] في مال الطفل، ولكن يجب صونه عن الضياع بقدر من الاستنماء المعتاد الذي يصونه عن أن تأكله النفقة، وأنه لو بيع شيء بأقل من ثمن مثله فله أن[3] يشتريه لنفسه، فإن لم يزد فليشتر لطفله، وحكي في باب الشفعة أنه إذا بيع شيء فيه غبطة للصبي، ففي وجوب الشراء [وجهان.

ولا بد عند الشراء][4] بقصد التجارة لهما -على ما حكاه الماوردي- من أن يكون ما يُشترى لا يسرع إليه الفساد، وأن يكون الربح حاصلاً منه في الغالب حالاً أو مآلاً، وأن يكون بالنقد دون النسيئة[5].

قال: ولا يقرض من مالهما شيئًا؛ لما فيه من التقصير في حقهما.

قال: إلا أن يريد سفرًا يخاف عليه [فيه][6]؛ **فيكون إقراضه أولى من إيداعه؛** لأن القرض مضمون، والمودَع أمانة؛ فكان القرض أحظ له. وهل الأولوية في كلام الشيخ على وجه الوجوب حتى إذا أودع مع القدرة على الإقراض يضمن أو لا؟ فيه وجهان منقولان عن الأصحاب:

المذكور في «الشامل»: أنه على سبيل الاستحباب.

وأصحهما في «التهذيب»: أنه على وجه الوجوب.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي أموراً:

أحدها: أنه لا يجوز الإقراض في حال الإقامة مع وجود خوف النهب والحريق ونحو ذلك، وهو وجه حكاه الماوردي، لكن الجمهور على خلافه.

الثاني: أنه لا فرق فيما ذكره بين أن يكون الولي أبًا [أو جدًّا][7] أو حاكمًا، وهو ما رواه الحناطي، وقال في «الإشراف»: إنه المذهب.

---

(١) في أ: به نفسه للتجارة. (٢) في أ: ولاسيما.

(٣) في أ: أي. (٤) سقط في أ.

(٥) قوله: ولا بد عند الشراء بقصد التجارة لهما – على ما حكاه الماوردي – من أن يكون ما يشترى لا يسرع إليه الفساد، وأن يكون الربح حاصلاً منه في الغالب حالًا أو مآلًا، وأن يكون بالنقد دون النسيئة. انتهى كلامه.

وهذا الشرط الثالث الذي نقله عن الماوردي، وهو ألا يكون بالنسيئة – قد صرح الغزالي بخلافه في كتاب الفرائض من «الوسيط»، فقال: يجوز لولي اليتيم أن يشتري له شيئًا بالنسيئة إذا كان في شرائه مصلحة. [أ و].

(٦) سقط في أ، د. (٧) سقط في ج، د.

والجمهور على أن الحاكم يجوز له الإقراض من غير ضرورة دون من عداه؛ لأن ولايته عامة؛ فيشق[١] عليه حفظ جميع الأموال[٢].

ومقتضى كلام البغوي: أنه يجوز له الإيداع أيضًا، كما صرح به الحناطي[٣]؛ فإنه قال: كل موضع جوزنا الإقراض فلم نجد من يستقرضه أودعناه حينئذ.

وقد حكى الرافعي في كتاب القضاء على الغائب، والهروي في «الإشراف» أن صاحب «التلخيص» جوز للأب ما جوزه للقاضي من جواز الإقراض.

الثالث: أن الإيداع لا يجوز في حال الأمن مع الإقامة، كما صرح به في «المهذب»، والبغوي وصاحب «الاستقصاء»؛ لأنه[٤] إذا لم يجز القرض في هذه الحالة مع أنه أولى من الإيداع فالإيداع بالمنع أولى.

وفي «الشامل» في كتاب التفليس: أن الشافعي نص على أنه يجوز لولي الصبي أن يودع ماله، ولا يقرضه، وأنه نص على أن الإمام إذا وجد ثقة يسلفه مال المفلس إلى أن تتهيأ[٥] القسمة على الغرماء، لم يجعله أمانة.

وأن الفرق عندي: أن مال الصبي معد[٦] لمصلحة تظهر له من شراء عقار أو تجارة، وقرضه قد يتعذر معه المبادرة إلى ذلك، ومال المفلس معد للغرماء خاصة.

الرابع: أنه إذا أقرض المال في حال إرادة السفر لا يحتاج إلى أخذ رهن به؛ إذ لو كان يفتقر إليه لذكره، كما فعل في البيع نسيئة.

وقد قال ابن يونس: إنه إذا أقرضه أخذ[٧] عليه رهنًا فيه وفاءٌ به.

وإن من أصحابنا من قال: [إنه][٨] يجوز ألا يأخذ عليه رهنًا.

وما قاله ابن يونس عندي فيه نظر؛ من حيث إن المسافرة بالرهن لا تجوز، اللهم إلا أن يريد به أن يتفقا على وضعه تحت يد عدل، ولم أرَ للأصحاب في صورة الكتاب نقلاً.

نعم، صيغة ابن يونس حكاها الماوردي فيما إذا أقرض المال عند وجود

---

(١) في أ: وإن شق.
(٢) في أ: الأشياء.
(٣) في جـ: الجيلي.
(٤) في أ، جـ: أنه.
(٥) في أ: تهيأ.
(٦) في أ: يُعدّ.
(٧) في أ: يأخذ.
(٨) سقط في جـ، د.

النهب والحريق في البلد، والمذكور في «تعليق» القاضي أبي الطيب، و«مجموع» المحاملي، و«الرافعي» في هذا [الكتاب، وغيرهم: أن له الأخذ إذا رأى المصلحة، والترك][١] إذا كان فيه مصلحة.

وحكى الرافعي في كتاب الرهن عن الصيدلاني: أن الأولى ألا يرتهن إذا كان المرهون مما يخاف[٢] تلفه؛ لأنه قد يتلف ويرفع الأمر إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف المرهون، وهل يحتاج في هذه الحالة عند أخذ الرهن إلى اعتبار الإشهاد؟ فيه الخلاف السابق. صرح به الماوردي، وعلى كل حال لا يجوز أن يقرض مالهما إلا ثقة [أو][٣] مليًّا.

قال: وإن وجبت[٤] **لهما شفعة، وفي الأخذ لهما غبطة لم يجز له تركها**؛ لأنه مأمور بطلب الحظ لهما، فلو ترك الأخذ في هذه الحالة كان لهما عند زوال الحجر الأخذ، [ولو تركه حيث كان الحظ في الترك لم يكن لهما عند زوال الحجر الأخذ][٥] على الأصح، وهو المنصوص، وفيه وجه.

فعلى[٦] الصحيح: لو قالا بعد زوال الحجر: تركت، وكان الحظ في الأخذ، فقال: بل كان في الترك - فالحكم كما - لو اختلفا في بيع العقار، صرح به صاحب «الاستقصاء»، ولو استوى الحال في الأخذ والترك، ففيه ثلاثة أوجه ذكرها صاحب «البحر» و«الحلية» في كتاب الشفعة:

أحدها: لا يجوز للولي الأخذ.

والثاني: يجب عليه الأخذ ما لم يظهر عليه ضرر.

والثالث: أنه مخير بينهما.

وعلى الأول: إذا بلغ [الصبي، ورام الأخذ فهل له ذلك؟ فيه وجهان:][٧]

قال: **ويتخذ لهما العقار**؛ لأنه يبقى فينتفع بغلته، والغرر فيه أقل من الغرر في التجارة، وهذا على وجه الاستحباب، كما صرح به ابن الصباغ [وغيره][٨]، ولابتياعه شروط:

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: عليه.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) في التنبيه: وجب.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: وعلى.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في أ.

أحدها: أن يكون من ثقة أمين؛ ليؤمن منه بيع ما لا يملكه.

الثاني: ألا يكون في موضع قد أشرف على الخراب من خوف أو غلاء ونحو ذلك، [أو يخاف](١) عليه غلبة الهلاك بالماء [في وقت زيادته، أو يكون بين طائفتين تقتتلان من أهل البلد فيخاف عليه الهدم أو الحريق](٢)؛ لأن في ذلك تغريرًا بالمال.

الثالث - قاله الماوردي - أن يحصل من ريعه قدر الكفاية، فإن لم يحصل فالتجارة أولى عند إمكانها مع [اجتماع](٣) عدل السلطان، وأمن الزمان، ويقرب من هذا قول الإمام: إنه لا يجوز أن يشتري عقاراً نفيسًا من جهة القيمة لا يُغِلُّ غلة [عليه](٤) بمبلغها(٥) احتفالٌ(٦) بالإضافة إلى ما بذل من ثمن العقار، مثل أن يشتري دارًا عظيمة لا حاجة بالصبي إليها، ولا يوجد من يسكنها.

قلت: ويتخرج(٧) من كلام الماوردي شرط رابع: وهو أن يكون الثمن نقدًا لا نسيئة؛ [فإنه قال: ولا يجوز أن يبتاع له شيئًا بالنسيئة](٨) إلا في موضع واحد، وهو أن يكون محتاجًا إلى ما [لا](٩) يستغنى عنه من مأكول أو لباس، أو مما في معناه مما لا يجد منه بدًّا، كما سنذكره.

قال: **ويبنيه لهما**؛ لأنه في معنى الشراء، لكن قيد ذلك ابن الصباغ بما إذاكانت قيمته بعد الفراغ تساوي ما أنفق عليه.

قال: **بالآجر والطين**، وهذا نص [عليه](١٠) الشافعي؛ لأن الآجر يبقى في العمارة، والطين قليل المؤنة [أيضًا، و](١١) منفعته عند النقض بحالها، بخلاف الجص، ولا يجوز أن يبني بالجص والآجر؛ لأنه يعلق به فيتكسر عند الاحتياج إلى النقض، ولا أن يبني باللبن والجص، ولا باللبن والطين، لقلة(١٢) بقائهما.

وقال الماوردي: ليس لهذا التحديد وجه صحيح؛ لأن لكل قوم عرفًا، ولكل بلدة عادة: فمن البلاد من يبني بالحجر والطين، ومنها من يبني بالآجر والجص،

---

(١) في جـ: ويخاف.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) رسمت في أ: مللها.
(٦) في أ: اعتبارًا.
(٧) في جـ: ويستخرج.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في جـ، د.
(١١) سقط في جـ، د.
(١٢) في أ: لعلة.

ومنها من يبني باللبن والطين، ومنها من يبني بالخشب الوثيق؛ فالمعتبر في كل بلدة عادتها.

وحكى الرافعي أن الروياني قال: إن أكثر الأصحاب عليه، وإنه الذي يختار، وبه أجاب في «المرشد»، وعلى ذلك جرى الشاشي، وقال: إنه حسن صحيح. وفي «الاستقصاء» أنه ليس بشيء؛ لأن هذا وإن اختلف فلا يقدح فيما ذكرناه.

فرع: إذا أهمل الوصي عقار الطفل، فلم يعمره حتى خرب(١): فإن كان لإعواز النفقة لم يضمن، وإن كانت النفقة موجودة أثم، وفي الضمان وجهان:

وجه عدم الضمان - كما حكاه في «البحر»-: أنه(٢) لم يكن بفعله، ومقتضى هذا التعليل: أن يجرى هذا الوجه فيما إذا ترك [الولي](٣) ورق الفرصاد حتى فات وقته.

وقد حكى الرافعي في آخر باب الوديعة عن فتاوى القفال: أنه يضمن.

ولا نزاع في أنه لو ترك الدواب بلا سقي ولا علف حتى تلفت أنه يضمن، وأنه إذا ترك تلقيح الثمرة أنه لا يضمن، ولو ترك إجارة عقاره مع التمكن فهل يضمن؟ فيه وجهان كذا هو في كتاب الوصية من «البحر».

ويقرب منهما ما حكاه الرافعي في كتاب الخلع، فيما إذا خالع السفيه على عين فقبضها بغير إذن وليه، وتركها الولي في يده [حتى تلفت](٤) بعد العلم [بالحال](٥)، فإن في وجوب الضمان على الولي وجهين:

تنبيه: العقار: بفتح العين، قال الأصمعي: هو المنزل والأرض والضِّياع، وهو مأخوذ من: عقر الدابة - بضم العين وفتحها - وهو أصلها. قال صاحب «المحكم»: العقر والعقار -بفتح العين فيهما-: المنزل.

الآجر: فارسي معرب، وهو الطوب المشوي، وفيه ست لغات:

إحداهن: آجر، بالمد وضم الجيم وتشديد الراء.

والثانية: كذلك لكن الراء مخففة.

والثالثة: آجور بالمد.

---

(١) في جـ: تخرج.
(٢) زاد في أ: إن.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في د.

والرابعة: يأجور.

والخامسة: آجرون.

والسادسة: آجرون، بالمد وفتح الجيم.

وحكي عن الأصمعي في الواحدة: آجرة وأجرة. والهمزة في «الآجر» فاء الكلمة.

قال: ولا يبيع [العقار عليهما][(١)]؛ إذ ليس هو من التي هي أحسن.

قال: إلا لضرورة؛ لأنه إذ ذاك يكون منها، ولا يتجاوز في البيع قدر الحاجة. صرح به [في][(٢)] «المرشد»، وستقف في كتاب النفقات على خلاف في كيفية بيع العقار في نفقة القريب، ويتجه أن يجرى هاهنا. ثم الضرورة المجوِّزة للبيع: أن يكون محتاجًا إلى النفقة والكسوة وما لا بد له منه، وكذا إلى عمارة ما انهدم[(٣)] من أملاكه، أو خرب من ضياعه، وليس في العقار ما يفي بالمطلوب، ولا مال له غير العقار، أو كان له مال غائب، أو يحل في المآل ولم يوجد من يقرضه عليه.

وقد ألحق بهذا القسم ما إذا خاف على العقار الخراب بالأسباب التي ذكرناها، وما إذا كان يقبل الخراج، ولو وجد من يقرضه ما يحتاج إليه بسبب ذلك، لم يجز البيع، وكذا يمتنع البيع إذا أبي المقرض أن يقرض إلا برهن، ويتعين الاستقراض إذا كان فيه مصلحة، والرهن عليه، لكن يزيد في المرهون على قيمة المقبوض، ويوضع الرهن تحت يد المرتهن إن كان عدلاً، وإلا فتحت يد عدل، صرح بذلك الماوردي وأبو الطيب والبندنيجي. ولا يجوز الإقراض في غير هذه الأحوال، ولا فيما هو في معناها، وكما يجوز أن يقترض لهما، ويعطي الرهن -لأجل ما ذكرناه- يجوز أن يشتري بثمن[(٤)] مؤجل، ويعطي عليه رهنًا يساوي ما اشتراه، سواء كان[(٥)] عقارًا أو غيره.

قال الماوردي: لكن المستحق أن يكون عقارًا. وفي «الوسيط» التصريح بجواز الرهن إذا كان عقارًا، والسكوت عن غيره.

وحيث تكلمنا في رهن مالهما [فلنقل ما ذكر فيه، وقد قال الأئمة: لا يجوز أن يرهن مالهما][(٦)]، وكذا مال السفيه إلا بشرط المصلحة والاحتياط.

---

(١) في د: عليهما العقار.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: ما انشرح.
(٤) في أ: ثمن.
(٥) في أ: ما كان.
(٦) سقط في أ.

ومن صورها: أن يشتري لهم[١] ما يساوي مائتين بمائة نسيئة، ويرهن بها ما يساوي مائة؛ فلو لم يرضَ البائع إلا برهن يساوي مائتين فما دونها: لم يجز ذلك.

وروي عن الشيخ أبي محمد أنه جوز رهن البراح من الأرض إذا كان في الشراء غبطة؛ إذ لا يخاف فوته، قال الإمام: وهو منقاس، لكنه خلاف ظاهر المذهب، وما صار إليه الشيخ أبو محمد هو ما حكاه المتولي.

ومن صورها - أيضًا-: إذا كان زمان[٢] نهب، وخاف الولي على المال فله أن يشتري عقارًا، [ويرهن بالثمن][٣] شيئًا من ماله إذا لم يتهيأ أداؤه في الحال، ولم يبع صاحب العقار عقاره إلا بشرط الرهن، فإن الإيداع المجرد في مثل هذه الحالة جائز ممن لا يمتد النهب إلى يده، فهذا أولى. ولو استقرض لهم مالاً، والحالة هذه بشرط أن يرهن به لم يجز. قاله الصيدلاني؛ لأنه يخاف التلف على ما يستقرضه خوفه على ما يرهنه.

قال الرافعي: وأنت بسبيل من أن تقول: إذا لم يجد من يأخذه وديعة، ووجد من يأخذه رهنًا، وكان المرهون أكثر قيمة من القرض: وجب أن يجوز له الرهن.

قال: **أو لغبطة[٤] بأن يبيع بأكثر من ثمن المثل بزيادة كثيرة**؛ لأن البيع في هذه الحالة من التي هي أحسن، وقد اعتبر بعض الأصحاب - وهو الذي جزم به الإمام - أن يقدر الناظر على ابتياع عقار للطفل أكثر قيمة وريعًا مما يبيعه؛ فلو لم يقدر على تحصيل العقار، فالغالب أن الأخير في بيع العقار، والمراد بالزيادة هاهنا: ألا يستهين بها أرباب العقول، بالإضافة إلى شرف العقار مع الاستمكان[٥] من تحصيل عقار الطفل[٦] كما ذكرنا، [صرح به الإمام.

ولفظ البندنيجي فيما إذا كان لليتيم شريك في العقار، وأراد أن يشتري نصيب اليتيم، وبذل أضعاف نصيب اليتيم لينفرد بالعقار؛ فحينئذ يباع عليه.

وحكم أواني المحجور عليه من صُفْر وغيره مما هو معدٌّ للقنية حكم العقار فيما ذكرناه][٧]، صرح به البندنيجي.

وما عدا ذلك من سائر[٨] أمواله لا يجوز - أيضًا - بيعه إلا لغبطة أو حاجة، لكن

(١) في أ: لهما.
(٢) في أ: زمن.
(٣) في أ: أو يشتري.
(٤) في جـ: أو يغبطه.
(٥) في أ: الاستكمال.
(٦) في د: للطفل.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: جائر.

يجوز لحاجة يسيرة وربح قليل يليق به، بخلاف العقار، وإذا وجد من يشتري ذلك بغبطة، فلم يفعل الولي حتى تلف -قال الجيلي: وجب عليه الضمان كما سبق في عمارة العقار.

ولو لم يفعل حتى رخص، وكان يمسكه لتوقع[(١)] زيادة، فليس ذلك بتعدٍّ[(٢)]. صرح به الرافعي في [آخر][(٣)] كتاب الوديعة عن «فتاوى القفال».

قال: **فإن بلغ الصبي، وادعى أنه باع العقار[(٤)] من غير غبطة ولا ضرورة، فإن كان الولي أبًا أو جدًّا، فالقول قولهما** - أي: مع اليمين - **وإن كان غيرهما لم يقبل إلا ببينة**؛ لما ذكرناه من وفور شفقة الأب والجد المانعة من اتهامهما، ووجود التهمة في حق غيرهما، وهذا[(٥)] الحكم فيما إذا رفع بيعهم للعقار إلى الحاكم فإنه لا يمضي [بيع غير الأب أو الجد إلا بعد ثبوت الغبطة أو الضرورة، ويمضي][(٦)] بيع الأب والجد من غير أن يسأل عن ذلك، كما صرح به في «الاستقصاء» وغيره، فضلاً عن ثبوته.

وفي «الشامل»: أن القاضي في «المجرد» ذكر وجهاً [في][(٧)] أن الوصي وأمين الحاكم ملحقان[(٨)] بالأب والجد فيما ذكرناه؛ فيقبل قولهما ويمضي بيعهما. [ثم][(٩)] قال: وهذا له عندي وجه؛ لأنه إذا جاز لهما التجارة في ماله فيبيعان ويشتريان، ولا يعترض الحاكم عليهما.

والحكم فيما إذا باع الولي شيئًا من أثاثه الذي للقنية كالحكم في العقار، صرح به البندنيجي، وفي «الرافعي» حكاية طريقة جازمة بأن غير الأب والجد لا يقبل قولهما بالنسبة إلى بيع العقار، وفي غير العقار وجهان.

أظهرهما: أنه كالعقار.

والفرق عسر الإشهاد في كل قليل وكثير يبيعه. وإن منهم من أطلق وجهين من غير فرق بين ولي وولي، وبين العقار وغيره. ويتلخص من مجموع ما ذكرته أربعة أقاويل:

أحدها: قبول قول الولي مطلقًا [أبًا كان أو وصيًّا، وهو ما جزم به الغزالي في كتاب الوصية][(١٠)].

---

(١) في جـ: لوقع.
(٢) في أ: يتعدى.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في أ: عليهما.
(٥) في جـ: وهكذا.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: يلحقان.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.

والثاني: عدم القبول مطلقًا.

والثالث: قبول قول الأب[١] والجد دون من عداهما.

والرابع: قبول قول الأب والجد في كل شيء، وغيرهما لا يقبل قوله في العقار، وفي غيره وجهان، والأصح منهما ما في الكتاب.

فرع: هل يجب على الوصي الإشهاد في بيع مال اليتيم؟ فيه وجهان محكيان في «الرافعي» في آخر كتاب «الوصية» عن «جرجانيات» أبي العباس الروياني.

قال: وإن ادعى الولي - أي: أبًا كان أو غيره - أنه أنفق عليه ماله - أي: بالمعروف - أو تلف - أي: كذبه المولى عليه - فالقول قوله؛ لأن ذلك مما يعسر إقامة البينة [عليه][٢] مع كونه مؤتمنًا شرعًا.

قال ابن الصباغ: ويخالف دعواه رد المال؛ فإنه لا يتعذر إقامة البينة عليه. وفرق الماوردي في كتاب «الوكالة» بأن دعوى الإنفاق تستند إلى حالة الحجر، ودعوى رد المال تستند إلى حالة زواله؛ فلم يقبل قوله فيه، وقبل في دعوى الإنفاق، وهذا هو الصحيح، وبه جزم الغزالي، [و][٣] الرافعي في كتاب «الوصية»[٤].

وقيل: لا يقبل قول غير الأب والجد في دعوى الإنفاق إلا ببينة؛ كما لا يقبل في رد المال، ولفظ الإمام في كتاب «الوكالة» يقتضي إجراء هذا الوجه في الأب والجد أيضًا؛ فإنه قال: أما ما يدعيه الولي من الإنفاق في حال الصغر، ففي قبول قوله مع يمينه وجهان ذكرهما القاضي، وأصحهما: أنه يقبل.

ولفظ «الولي» إن لم يكن قاصرًا على الأب والجد دون من عداهما فلا يخرجهما، وسيظهر لك من كلام الغزالي ما يدل على قصره عليهما، [وإذا قبلنا قول الأب والجد فذاك مع اليمين، ولكن هي واجبة أو مستحبة؟ فيه وجهان في «الذخائر»][٥]، ولو وافق المولى عليه الولي على أصل الإنفاق [في مدة، لكنه ادعى أنه أسرف فيه - نظر: إن اتفقا على قدر النفقة][٦] نظر فيه، وصدق من يقتضي الحال تصديقه، وإن لم يعينا فالمصدق الوصي؛ لأنه يدعي خيانته، والأصل عدمها، كذا حكاه الرافعي في كتاب «الوصية»، وأن صاحب «التهذيب» حكى أن من الأصحاب من جعل في قبول قوله في قدر ما أنفق وجهين؛ وفي «تعليق» القاضي الحسين في باب «تجارة الوصي

---

(١) في أ: الولي.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: الوكالة.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

بمال[١] اليتيم»: أن الدعوى إن كانت على الأب والجد فالقول قولهما، وإن كانت على الوصي والقيم فوجهان.

ولو اختلفا في قدر المدة التي وقع الإنفاق فيها، فادعى الوصي أنه أنفق عليه منذ مات أبوه، ومدة ذلك عشر سنين، وقال المولى عليه: بل خمس سنين - فالقول قول الوصي[٢] عند أبي سعيد الإصطخري، والأصح وبه جزم الغزالي في كتاب «الوصية» أن القول قول المولى عليه؛ لأن إقامة البينة على الموت ممكنة.

قال: وإن ادعى أنه [دفع المال][٣] **إليه لم يقبل إلا ببينة**، أي: سواءٌ كان الولي أبًا أو وصيًّا أو قيمًا؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦] [فالأمر بالإشهاد][٤] دال على أن المردود عليه لو جحد لم يصدَّق.

وفي «الحاوي» في كتاب «الوكالة» الجزم بقبول قول الأب فيه، [وكذا الجد][٥]، وفي «الوسيط» في كتاب «الوكالة»: أن قول الولي مقبول في الرد على وجه، وهو في «النهاية» منسوب إلى رواية الشيخ أبي علي، وصاحب «التقريب»، والقاضي، ولفظ الغزالي في هذا الموضع يفهم أنه أراد بالولي[٦] الأب والجد، وأن هذا الوجه لا يجرى في الوصي؛ فإنه قال: [الولي والوصي إذا ادعيا][٧] رد المال على الطفل بعد البلوغ لم يقبل، [وفي الولي وجه][٨]: [أنه يقبل][٩]؛ وفي الرافعي [«والحاوي»][١٠] في كتاب «الوكالة» إثباته في حق الوصي والقيم عن رواية ابن المرزبان [وغيره][١١]، [وأعاده][١٢] الرافعي مرة أخرى في حق الوصي في كتاب «الوصية»، والقائل به يوشك أن يحمل الأمر في الآية على الإرشاد.

وظاهر المذهب عدم القبول في الجميع، وكذا دعوى كل أمين ادعى الرد على صاحب المال، وهو لم يأتمنه: كالملتقط يدعي الرد على صاحب اللقطة، ومن طير الريح ثوبًا[١٣] إلى داره إذا ادعى الرد على صاحب الثوب لا يقبل قوله فيه على ظاهر المذهب، كما حكاه الإمام في «الوكالة»، وكل من لا يقبل قوله في

---

(١) في أ: في مال.
(٢) في جـ: الموصي.
(٣) في التنبيه: دفعه.
(٤) في أ: والأمر بالشهادة.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) في د: بالمولي.
(٧) في د: الولي إذا ادعى.
(٨) في أ: وفيه وجه.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في د.
(١٢) في أ: وأعاد.
(١٣) في جـ: الثوب.

الرد له الامتناع من الدفع لعذر الإشهاد، ومن يقبل قوله فيه، هل له الامتناع بعذر الإشهاد كالمودع والوكيل بغير جعل؟ فيه خلاف، ومحل استقصاء الكلام فيه كتاب «الوكالة».

قال: وإن احتاج الوصي أن يأكل من مال اليتيم - أي: الذي تحت يده - شيئًا - أي: لانشغاله بأمر اليتيم عن التكسب وفقره - أكله؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦].

[قال المحاملي][(١)]: ولأنه يتصرف في مال من لا يمكن موافقته، فجاز له الأخذ منه بغير إذنه، كالعامل على[(٢)] الصدقات، وليقتصر فيما يأخذه على قدر النفقة، كما حكاه الرافعي، وسنذكر من كلام المحاملي[(٣)] ما يقاربه، والمذكور في «الشامل» حكاية عن النص: أنه يأخذ أقل الأمرين من كفايته[(٤)] أو أجرة مثله؛ لأنه يستحق ذلك بالعمل والحاجة فلم يأخذ إلا ما وُجِدا فيه، وهذا ما نسبه الرافعي عن «تعليق» الشيخ أبي محمد، والمذكور في «الحاوي»: أنه يأخذ [من][(٥)] ماله أجرة مثله، ولو كان غير محتاج لم يجز له الأكل؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾ [النساء: ٦] أي: بماله عن مال اليتيم، وحكى الماوردي وجهًا آخر: أنه يجوز [له][(٦)] أن يأخذ قدر أجرة مثله؛ لأنه عوض عن قيامه [به][(٧)]؛ فلم يختص بها فقير دون غني كسائر الأجور، والآية محمولة على الاستحباب.

قال: ورد عليه البدل؛ لأنه أكل مالًا لغيره أبيح له لحاجته؛ فوجب أن يرد بدله كالمضطر؛ فعلى هذا: [يدفع قيمة ما أكله إلى الحاكم إن دامت ولايته إلى وقت يساره[(٨)]؛ لأنه لا يبرئ نفسه بنفسه. [قاله القاضي الحسين قبيل باب][(٩)] «زكاة المعدن».

وعلى هذا[(١٠)]][(١١)] يكون الفقير[(١٢)] جوز له الاقتراض[(١٣)] من مالهما، وهو قول عمر وابن عباس وجمهور التابعين.

قلت: وقد يتمسك[(١٤)] بما ذكرناه من هذا الحكم والتعليل بما يؤيد[(١٥)] ما

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: في.
(٣) في أ: الرافعي.
(٤) في أ: كفاية.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، جـ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: ولايته.
(٩) في أ: قاله الحسين قبل.
(١٠) زاد في أ: القول.
(١١) سقط في د.
(١٢) في جـ: الفقر.
(١٣) في جـ: الإقراض.
(١٤) في أ: تمسك.
(١٥) في أ: نؤيد.

أطلقه [وغيره][(١)]، وإن أنكره ابن يونس.

قال: وقيل: **لا يرد [له][(٢)] البدل**؛ لأن الله تعالى أباح له الأكل، ولم يوجب القضاء؛ ولأن [ذلك][(٣)] جاز له العمل فيه، فلم يلزمه بدله: كالمستأجر، والإمام إذا أكل من بيت المال، وهذا [الخلاف][(٤)] رواه المحاملي وجهين، وأنه ذكرهما في «الوصايا».

وقال ابن الصباغ: إن الشافعي خرجه على قولين.

تنبيه: إنما عدل الشيخ عن صيغة «احتياج الولي» إلى «احتياج الوصي»؛ لأمرين سأذكرهما:

أحدهما: أنا قد ذكرنا أن لفظ «الولي» يشمل[(٥)] الأب والجد وغيرهما، وما ذكره في هذه المسألة بجملته لا يجيء في الأب والجد؛ لأنهما إذا كانا محتاجين من غير أن يكون لهما نظر في مال الولد كانت نفقتهما فيه، ولا يجب عليهما رد البدل، فكيف بك مع عملهما في المال؟! فلو ذكر لفظ «الولي» - كما فعل ابن الصباغ والرافعي - لاندرج فيه الأب والجد.

فإن قيل: الشيخ قد اختار فيما إذا كان الأب أو[(٦)] الجد صحيحًا[(٧)] أن نفقته لا تجب على الولد، وهذا صحيح؛ فاستوى هو والوصي في ذلك.

قلت: إنما لم يجب في هذه الحالة على رأيه، وإن كان غيره قد صحح الوجوب، كما ستقف عليه في موضعه؛ لأنا جعلنا قدرته بالتكسب كقدرته[(٨)] بالمال، وقد تعذر عليه هنا[(٩)] التكسب؛ بسبب حفظ المال والتصرف فيه؛ فصار كما لو لم يكن كسوبًا.

الثاني: على تقدير أن يكون حكم الأب والجد في رد البدل كالوصي، فالمراد[(١٠)]: التنبيه على أن للوصي أن يستقل بأخذ ما يحتاج إليه من غير مراجعة الحاكم فيه، وإن كان قابضًا من نفسه لنفسه، ومثل هذا في غير هذه الحالة لا يسوغ [له][(١١)]، بل هذا من مرتبة الأب والجد، فلو ذكر لفظ «الولي» لاحتمل أن

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ، د، وفي التنبيه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: ينظم.
(٦) في جـ: و.
(٧) في د: صحيحان.
(٨) في أ: كقدرة.
(٩) زاد في أ: هذا.
(١٠) في أ: والمراد.
(١١) سقط في أ.

يقال: أراد به الأب والجد، كما قلنا: إن كلام الغزالي يفهمه، فأراد نفي هذا الاحتمال.

واعلم أن قول الشيخ: «وإنِ احتاج الوصي أن يأكل» لفظ «الأكل» ليس المراد حقيقة[١]، بل خصه بالذكر؛ لأنه أعم وجوه الانتفاعات؛ كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء:١٠] ويدل على ذلك أن المحاملي قال: «إذا احتاج الوصي أو الأمين الذي نصبه الحاكم إلى شيء من المال الذي يلي عليه، فيجوز أن يأخذه[٢] منه، والله أعلم».

فرع: إذا تبرم الأب بحفظ مال الطفل، فله رفع الأمر إلى الحاكم لينصب قيمًا بأجرة، وله أن ينصب نفسه، ذكره الإمام في كتاب «النكاح».

ولو طلب الأب من القاضي أن يثبت له أجرًا على عمله، قال الرافعي: فالذى يوافق كلام أكثر الأصحاب أنه لا يجيبه إليه، غنيًّا كان أو فقيرًا؛ لأنه إذا كان فقيرًا ينقطع عن كسبه، فله أن يأكل منه بالمعروف كما ذكرناه، وقد ذكر الإمام أن هذا هو الظاهر، ثم قال: ويجوز أن يقال: ويثبت[٣] له أجرًا؛ لأن له أن يستأجر من يعمل، وإذا جاز له بدل الأجرة لغيره جاز له طلب الأجرة لنفسه، وبهذا الاحتمال أجاب الغزالي في كتاب «النكاح»، ومن قال بهذا قال: لا بد من تقدير[٤] القاضي، وليس [له][٥] الاستقلال به.

وهذا إذا لم يجد متبرعًا بالحفظ والعمل، فإن وجد متبرعًا وطلب الأب الأجرة فقد أشار في «النهاية» إلى احتمالين أيضًا، أظهرهما: أنه لا يثبت له؛ لحصول المقصود من الأجنبي كما يحصل من الأب، بخلاف الأم [إذا طلبت أجرة الإرضاع][٦] وثم متبرعة على الظاهر؛ لما في ذلك من التفاوت الظاهر.

قال: وإذا بلغ الصبي، وعقل المجنون، وأونس منهما الرشد - انفك الحجر عنهما[٧]: أما في الصبي؛ فلقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ

(١) في جـ: حقيقته.
(٢) في أ: يأخذ.
(٣) في أ: ثبت.
(٤) في جـ: تقرير.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: في الإرضاع.
(٧) في التنبيه: عنهما الحجر.

﴿ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وأما في المجنون فبالقياس عليه.

والمراد بالابتلاء [في الآية: الاختبار][(١)] والامتحان؛ قال الله تعالى: ﴿وَإِذِ ٱبْتَلَىٰٓ إِبْرَٰهِۦمَ رَبُّهُۥ﴾ [البقرة: ١٢٤]، ﴿لَيَبْلُوَنَّكُمُ ٱللَّهُ بِشَىْءٍ مِّنَ ٱلصَّيْدِ﴾ [المائدة: ٩٤]، ﴿إِنَّ ٱللَّهَ مُبْتَلِيكُم بِنَهَرٍ﴾ [البقرة: ٢٤٩] وأراد بجميع ذلك: الاختبار والامتحان.

وبـ«اليتيم»: الذي مات أبوه قبل بلوغه ما لم يبلغه، سواء كانت أمه باقية أم لا.

وببلوغ[(٢)] النكاح: البلوغ نفسه، وعبر بالنكاح عنه؛ لأن النكاح هو الجماع، والعادة أن الإنسان لا يشتهي الجماع إلا إذا بلغ؛ فلذلك عبر به عنه.

وبإيناس الرشد: العلم، فوضعه موضعه[(٣)]؛ كما وضعه موضع الإبصار والرؤية في قوله تعالى: ﴿ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا﴾ [القصص: ٢٩] أي: أبصر، وقال الزهري: إن أصل الإيناس الإبصار [والرؤية][(٤)]، وإنه مأخوذ من إبصار[(٥)] العين، وهي الحدقة التي يبصر بها.

وبيان الرشد يأتي إن شاء الله تعالى.

ومراد الشيخ بـ«الفك»: الإطلاق والإرسال، ومنه: فكَّ رقبةً، أي: أطلقها من العبودية، لكن هذا الإطلاق في المجنون لا يتوقف على مطلق له، أطبق عليه الأئمة في آخر كتاب «التفليس»، وعبارتهم: أنه ينفك بمجرد الإفاقة، والزيادة التي قالها الشيخ لم أرها لغيره؛ فلعلها محمولة على ما إذا جن بعد بلوغه وقبل إيناس الرشد، وفي الصغير هل يتوقف على مطلق؟ فيه كلام سيأتي.

قال: والبلوغ في الغلام بالاحتلام، والاحتلام - كما قال الماوردي-: إنزال المني الدافق في نوم أو جماع أو غيرهما، بالاختيار أو بدونه[(٦)]، والدليل [على][(٧)] كونه بلوغًا: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟﴾ [النور: ٥٩] وأراد بلوغ

---

(١) في أ: الاختيار في الآية.
(٢) في أ: وبلوغ.
(٣) في أ: فوضع، وفي د: بوضعه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: إنسان.
(٦) في أ: دونه.
(٧) سقط في أ.

الاحتلام، وقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ الصَّبِي حَتَّى يَحْتَلِمَ»(١) كما رواه الترمذي، وقد روي: «حَتَّى يَبْلُغَ»، وإحدى الروايتين تفسيرُ الأخرى.

وقد اعترض النواوي على الشيخ فقال: «حقيقة الاحتلام نزول المني في النوم لرؤية جماع أو غيره، وليس البلوغ مختصًّا به؛ فلو قال: والبلوغ في الغلام بالإنزال أو بإنزال المني، لكان أصوب وأصح».

وجوابه: أن الشيخ اتبع في ذلك لفظ النبي ﷺ؛ فكان أصوب، مع أنا قد ذكرنا عن الماوردي أنه فسر الاحتلام بخلاف ما ذكره، والله أعلم.

ثم السن الذي يحكم بالبلوغ فيه إذا خرج المني من الصبي، فيه أربعة أوجه:

أحدها - وهو الذي رجحه الرافعي، وبه جزم المحاملي والبندنيجي في كتاب «اللعان» وابن الصباغ في كتاب «الإقرار»-: [تسع سنين.

والثاني - وهو الذي جزم به الماوردي، وكذا القاضي الحسين في كتاب «الإقرار»](٢)-: عشر سنين.

فكان مرادهم استكمال ذلك حتى يكون الاحتلام بعد الطعن(٣) في السنة التي تليها، وكذلك حكى الوجهين القاضي الحسين في «التعليق».

والثالث - وادعى الإمام في كتاب «الحيض» أنه ظاهر نص الشافعي في كتاب «اللعان»-: مضي ستة أشهر من السنة العاشرة.

والرابع: مضي ستة أشهر من السنة التاسعة، وهو مذكور في باب «ما يلحق من النسب» كما ستقف عليه.

قال: **أو استكمال(٤) خمس عشرة سنة**، أي: من وقت [استكمال] خروجه من الجوف؛ لما روى الدارقطني بسنده عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَ مَا لَهُ وَمَا عَلَيْهِ، وَأُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ»(٥)، والحد لا يقام

---

(١) تقدم.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: بالطعن.
(٤) في التنبيه: باستكمال.
(٥) ذكره الحافظ في تلخيص الحبير (٣/ ٩٣) وعزاه للبيهقي في الخلافيات من طريق عبد العزيز بن صهيب عنه بسند ضعيف ، وقال: قال الغزالي في الوسيط تبعا للإمام في النهاية: رواه الدارقطني بإسناده، فلعله في الأفراد أو غيرها فإنه ليس في السنن مذكورًا، وذكره البيهقي في السنن الكبرى عن قتادة، عن أنس بلا إسناد وقال: إنه ضعيف.
ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٥٧).

إلا على بالغ. وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ عَامَ بَدْرٍ وَأَنَا ابْنُ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً فَرَدَّنِي، وَعُرِضْتُ عَامَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً فَرَدَّنِي، وَلَمْ يَرَنِي بَلَغْتُ، وَعُرِضْتُ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً فَأَجَازَنِي فِي الْمُقَاتَلَةِ»(١).

وفي «الرافعي»: زيادة «فَرَآنِي بَلَغْتُ». وكذلك في «الذخائر»، وجه الدلالة [فيه](٢) من وجهين:

أحدهما: أنه أجازه في المقاتلة، ولا يجاز(٣) فيها إلا بالغ؛ لأنه يتعين(٤) عليه حضور الصف والقتال.

والثاني: أنه علل الرد في المرة الثانية [بأنه](٥) لم يره(٦) قد بلغ؛ فدل على أنه إنما أجازه في المرة(٧) الثالثة؛ لكونه رآه قد بلغ.

فإن قيل: هذا الخبر [لا يصح](٨)؛ لأن محمد بن إسحاق قال(٩): «بين أحد والخندق سنتان»، وخبر ابن عمر يقتضي أن يكون بينهما سنة.

فالجواب أن الزهري قال: كان «بدر» في شهر رمضان سنة اثنتين من الهجرة، وكان «أحد» في شوال سنة ثلاث، والخندق في شوال سنة أربع، وقول الزهري أثبت من قول محمد بن إسحاق، لا سيما مع رواية ابن عمر، ولأنه يجوز أن يكون العرض في عام أحد وهو في أول سنة أربع عشرة، وعرض [في](١٠) عام الخندق، وهو في آخر سنة خمس عشرة؛ فصار بينهما سنتان.

ووراء ما ذكره الشيخ وجهان آخران:

أحدهما - رواه المراوزة-: أن البلوغ يحصل بمجرد الطعن في السنة الخامسة عشرة، وزيفوه.

والثاني - رواه الجيلي-: أنه يحصل بمضي ستة أشهر منها.

قال: أو إنبات الشعر الخشن، أي: حول الفرج بحيث يحتاج إلى الموسى، كما ذكره المحاملي.

---

(١) ينظر: الدارقطني (٤/ ١١٥).
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ولا كان.
(٤) في أ: معين.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في د: يراه.
(٧) في جـ: الكرة.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: كان.
(١٠) سقط في جـ، د.

قال: [على العانة][(١)] **في أظهر القولين.**

لا خلاف في أن الشعر الخشن الذي يحتاج إلى الموسى دون الزغب، والشعر الضعيف إذا نبت على عانة أولاد المشركين عاملناهم معاملة البالغين؛ لما روى النسائي عن عطية القرظي قال: عرضنا على النبي ﷺ يوم قريظة، فكان من أنبت قُتِلَ، ومن لم ينبت خُلِّي، فكنت فيمن لم ينبت فخلي سبيلي[(٢)]، وفي «الحاوي»: أن [سبي][(٣)] قريظة نزلوا من حصونهم على حكم سعد بن معاذ الأشهلي، فقال سعد: حكمي أن من جرت عليه الموسى قتل، ومن لم تجر عليه استرقَّ، فقال النبي ﷺ: «هَذَا حُكْمُ اللهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقِعَةٍ»[(٤)].

لكن هل[(٥)] ذلك لكون الإنبات بلوغًا في نفسه؟ أو لكونه علمًا على البلوغ؟ اختلف نص الشافعي فيه: فقال في «السير»: إنه بلوغ. وهو الذي اختاره في «المرشد». وقال في «الجزية» ونسبه المحاملي في «المجموع» إلى الجديد: إنه علم على بلوغ المشركين. وادعى الإمام أنه لا طريق إلى[(٦)] القطع به.

فإن قلنا بالأول كان بلوغًا في حق أولاد المسلمين أيضًا، وهو الذي جعله الشيخ الأظهر.

وإن قلنا بالثاني فقولان حكاهما القاضي أبو الطيب وغيره، ومنهم من رواهما وجهين.

أحدهما: أنه علم في أولاد [المسلمين][(٧)] أيضًا؛ كالحمل لما كان علمًا فيهم

---

(١) سقط في التنبيه.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٥٤٦) كتاب الحدود، باب: في الغلام يصيب الحد، برقم (٤٤٠٤)، والترمذي (٤/ ١٤٥) كتاب السير، باب: النزول على الحكم، برقم (١٥٨٤)، والنسائي في الكبرى (٥/ ١٨٥) برقم (١٦٢١)، وابن ماجه (٢/ ٨٤٩) كتاب الحدود، باب: من لا يجب عليه الحد، برقم (٢٥٤١)، من حديث عطية القرظي رضي الله عنه.

(٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه البخاري (٦/ ٢٧٦) كتاب الجهاد والسير، باب: إذا نزل العدو على حكم رجل، برقم (٣٠٤٣)، ومسلم (٣/ ١٣٨٩) كتاب الجهاد والسير، باب: جواز قتال من نقض العهد، برقم (١٧٦٨)، من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، بلفظ: لقد حكمت فيهم بحكم الملك، وأخرجه الطبري في تفسيره (٢١/ ١٥٣)، وابن سعد في الطبقات (٢/ ٧٥)، والخطيب البغدادي في الفقيه والمتفقه (١/ ٤٨٣) باللفظ المذكور.

(٥) في أ: جعل.
(٦) في جـ: إلا.
(٧) سقط في أ.

كان علمًا في غيرهم، وهذا ما ادعى الجيلي أنه الجديد.

والثاني: أنه لا يكون علمًا في أولاد المسلمين، وهو ما ادعى المحاملي والشيخ في «المهذب» والقاضي الحسين أنه ظاهر المذهب، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن المسلمين إذا أشكل بلوغهم رجع إلى آبائهم [وأقاربهم؛ لأنهم غير متهمين في ذلك، بخلاف الكفار][١].

والثاني: أن المسلمين يتهمون في الإنبات؛ فإنهم ربما تداووا بدواء [تنبت][٢] به عانتهم ليكملوا ويشرفوا، ولا يتهم الكفار فيه؛ لأنه إذا نبت عليهم قتلوا وألزموا[٣] الجزية؛ فلذلك كان علمًا فيهم دون غيرهم.

فرع: لو أسر الإمام كافرًا مراهقًا قد أنبت، وأراد قتله، فادعى أنه أنبت بنوع معالجة - فإن قلنا: إنه بلوغ، لم يقبل [قوله، وإن قلنا: إنه علم على[٤] البلوغ، حكى المتولي عن الشيخ أبي عاصم العبادي أنه تسمع دعواه ويحلف، وإذا حلف ترك قتله. ولو كان من أولاد أهل الذمة، وأراد الإمام مطالبته بالجزية، فادعى مثل ذلك - لا يسمع [منه][٥]][٦].

تنبيه: احترز الشيخ بقوله: «على العانة» من إنباته على غيرها من لحية وشارب، وتحت الإبط؛ فإن ذلك لا يكون بلوغًا [ولا علمًا عليه][٧]، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره، ووجهه بأن ذلك يتقدم تارة، ويتأخر أخرى، وربما لا تطلع لحية الإنسان إلى أن يصير شيخًا.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن إنبات اللحية والشارب والإبط يجب أن يجعل بلوغًا؛ لأن اللحية إنباتها أبطأ من العانة [فكانت أولى بالدلالة على البلوغ من العانة][٨]، والإبط أقرب إلى العانة، والشارب أبعد. واستحسنه الإمام.

وفي «الرافعي» حكاية ما ذكرناه وجهين، وأن الأصح - على ما ذكره المتولي في شعر الإبط - أنه لا أثر له، وأن صاحب «التهذيب» ألحق شعر الإبط بشعر العانة، ولم يلحق به اللحية والشارب، وقد ألحق المتولي ثقل الصوت ونهود

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: والتزموا.
(٤) في جـ: في.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ: على البلوغ كما، وفي د: على ما.
(٨) سقط في أ.

الثدي وانفراق الأرنبة بذلك، وأجرى الخلاف فيه، والجمهور على أنه لا أثر له.

وحيث قلنا بأن شعر العانة علم على البلوغ، فالمراد به البلوغ بالاحتلام، كما أشار إليه المحاملي في «المجموع»، وعلى هذا يكون[(١)] السن الذي يعتبر فيه خشونة الشعر ونعومته: السن الذي يعتبر فيه البلوغ بالاحتلام، وقد أشار إلى ذلك الرافعي، ثم قال: والاعتماد [فيه على الاستقراء؛ كما في الحيض.

وفي «التتمة»: أن الغلام إذا أنزل المني قبل الطعن في العاشرة][(٢)] لا يكون بلوغًا، وأن الإنبات في السنة التاسعة يجعل بلوغًا[(٣)].

قال: والبلوغ[(٤)] **في الجارية بما ذكرناه**، والدليل على حصوله بالاحتلام: ما روي أن أم سليم سألت النبي ﷺ عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل[(٥)]، قال: «إِذَا رَأَتْ ذَلِكَ فَلْتَغْتَسِلْ»[(٦)].

ثم أقل السن الذي يعتد بذلك فيه أقل سن الحيض، والفرق بين الجارية والغلام على رأي: أن الإناث طبعهن أحرُّ؛ فكان بلوغهن أسرع، وقد حكى المراوزة وجهًا: أن احتلام المرأة لا يكون بلوغًا؛ لأنه نادر.

قال الإمام: [وعلى هذا][(٧)] فظاهر كلام الأصحاب: أنه يجب عليها الغسل منه، والذي يتجه عندي: أنه[(٨)] لا يلزمها الغسل؛ لأنه لو لزم لكان حكمًا بأن الخارج مني، والجمع بين الحكم بأنه مني وبين الحكم بأنه لا يحصل البلوغ به متناقض[(٩)].

---

(١) زاد في أ: في. (٢) سقط في أ.

(٣) قوله: وفي «التتمة»: أن الغلام إذا أنزل المني قبل الطعن في العاشرة لا يكون بلوغًا، وأن الإنبات في السنة التاسعة يجعل بلوغًا. انتهى كلامه.

وما نقله عن صاحب «التتمة» هنا قد نقله عنه في «المطلب» - أيضا - وهو صحيح بالنسبة إلى إنزال المني، وأما ما نقله عنه من أن الإنبات يكون بلوغا في السنة التاسعة، فليس له ذكر في هذا الباب بالكلية، لا نفيًا ولا إثباتًا، وإنما حكى الخلاف المعروف فيه، ولم يقيده بسنة مخصوصة. [أ و].

(٤) في التنبيه: وبلوغ. (٥) في جـ: الرجال.

(٦) أخرجه البخاري (١/ ٢٧٦) كتاب العلم، باب: الحياء في العلم، حديث (١٣٠)، وفي الغسل حديث (٢٨٢)، وفي كتاب الأنبياء: باب خلق آدم وذريته حديث (٣٣٢٨)، وفي كتاب الأدب: باب التبسم والضحك حديث (٦٠٩١)، وفي باب ما لا يستحي من الحق للتفقه في الدين حديث (٦٩٢١)، ومسلم (٣١٣) كتاب الحيض، باب: وجوب الغسل على المرأة بخروج المني منها.

(٧) سقط في جـ. (٨) في أ: أن. (٩) في أ: مناقض.

قال الرافعي: ولك أن تقول: إن كان التناقض مأخوذًا من تعذر التكليف بالغسل مع القول بعدم البلوغ فنحن لا نعني بلزوم الغسل سوى ما نعنيه بلزوم الوضوء على الصبي إذا أحدث، فبالمعنى الذي أطلقنا ذلك ولا تكليف يطلق هذا، وإن كان غير هذا(١) فلا بد من بيانه، والدليل على أن استكمال الخمس عشرة سنة بلوغ في حقها: ما رويناه من الخبر؛ فإن المولود يشمل الذكر والأنثى، وعلى الإنبات: القياس على الرجل.

قال: وبالحيض؛ لقوله ﷺ: «لَا يَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ»(٢) يعني: بلغت وقت الحيض، [لا أنه أراد كونها حائضًا؛ لأن الحائض لا تصح صلاتها بحال، ولقوله - عليه السلام - لأسماء بنت أبي بكر: «إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتِ الْحَيْضَ](٣) لَا يَصْلُحُ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا»(٤)، وأشار إلى الوجه والكفين.

ووجه الدلالة منهما(٥): تعليق وجوب الستر بالحيض، وذلك تكليف؛ فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف.

قال: وبالحبل، الحبل على المشهور - علم [على](٦) البلوغ في حق المسلمين والكفار، ووجهه القاضي أبو الطيب بأمرين:

أحدهما: أن الله تعالى أجرى العادة أن(٧) المرأة لا تحبل حتى يتقدمها حيض.

والثاني: أن الحمل مخلوق من ماء الرجل وماء المرأة؛ قال الله تعالى: ﴿فَلْيَنظُرِ ٱلْإِنسَٰنُ مِمَّ خُلِقَ * مِن مَّآءٍ دَافِقٍ﴾ [الطارق: ٥، ٦] أي: مدفوق، وقال ابن عباس: «إنه اللزج [يخرج](٨) من بين الصلب والترائب» أي: صلب الرجل وترائب المرأة وهي الصدر(٩).

وقيل: موضع القلادة من الصدر(١٠).

ويقال: إن العظم والعصب من الرجل، واللحم والدم من المرأة، وقال الله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا ٱلْإِنسَٰنَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ﴾ [الإنسان: ٢] يعني أخلاط.

---

(١) في جـ، د: ذلك.
(٢) تقدم.
(٣) سقط في أ.
(٤) تقدم.
(٥) في أ، جـ: منها.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ، د: بأن.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: الصدور.
(١٠) في جـ، د: العنق.

وإذا كان الولد مخلوقًا من مائهما دل(١) الحمل على تقدم إنزالها، فصار كما لو أنزلت.

ومن هذين التعليلين يظهر [لك](٢) أنه علامة على أي نوع من أنواع البلوغ، وفي «الحاوي»: أن بعض أصحابنا وَهِمَ فجعله(٣) بلوغًا في نفسه.

وعلى كل حال: فإن كانت المرأة ذات زوج حكم ببلوغها قبل أن تضع بستة أشهر؛ لأنه أقل ما تضع له المرأة، كما حكاه في «المهذب» وغيره. [وقيل في «الرافعي»](٤): ستة أشهر وشيء، وفيه نظر.

وإن كانت مطلقة، وأتت بولد يلحق الزوج:- حكم ببلوغها قبل الطلاق بلحظة، قال المحاملي: «لجواز(٥) أن تكون في تلك اللحظة(٦) حملت، وأثر ذلك يظهر في وجوب قضاء الصلوات الفائتة في ذلك الوقت وترتب(٧) الأحكام».

فرعان:

أحدهما: الخنثى المشكل بلوغه بالسن كبلوغ غيره، وخروج [صورة](٨) المني من الفرجين يحصِّل(٩) البلوغ. ولو خرج من أحدهما، أو رأى صورة الحيض من فرج النساء، فقد حكى الإمام عن العراقيين والشيخ أبي علي: أنا لا نحكم بالبلوغ؛ لجواز أن يعارضه خروج ما هو على صفة الحيض. ثم قال: وهذا مشكل؛ لأن الأصحاب قالوا: الخنثى إذا أمنى في أوان البلوغ بفرج الرجال فهو رجل، وإذا(١٠) حاض بفرج النساء فهو امرأة، فإذا كان ما هو على نعت المني دالاً على الذكورة فيجب القطع بكونه منيًّا دالا على البلوغ، فإذا لم نحكم بالبلوغ وجب ألا نحكم بالذكورة، وكذلك(١١) القول [في الحيض إذا انفرد ولم يعارضه المني كالقول](١٢) في المني إذا لم يعارضه الحيض.

ثم الحق الذي يجب اتباعه أن نقول: إن المني إذا انفرد خروجه كان بلوغًا،

---

(١) في أ: دون.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: بجعله.
(٤) في أ، د: وفي الرافعي قيل.
(٥) في أ: يجوز.
(٦) في جـ: الحالة.
(٧) في أ: ترتيب.
(٨) سقط في د.
(٩) في جـ: بحصول.
(١٠) في أ، د: وإن.
(١١) في جـ: وكذا، وفي د: وكذلك قال الفوراني.
(١٢) سقط في أ.

وكذلك[١] القول في الحيض إذا انفرد، وتقريب قول الأصحاب أن يقال: إن سبق المني حكمنا ظاهرًا بالبلوغ، وكذلك إن سبق الحيض، فإن سبق أحدهما ولحقه الآخر حكمنا بالبلوغ ربطًا، فالسابق[٢] منقوض لا محالة، فهذا المعنيُّ بقول الأصحاب: [لا نحكم][٣] بالبلوغ.

قلت: وقد يظهر أن يقال: الوجه حمل ما قاله الأصحاب على ظاهره، ولا نحكم بالبلوغ ظاهرًا كما أوله، وإن حكمنا بكونه ذكرًا أو أنثى؛ لأن احتمال كون الخنثى المشكل ذكرًا مساوٍ لاحتمال كونه أنثى؛ فإذا ظهرت صورة المني أو الحيض من محله في[٤] زمن الإمكان غلب على الظن أنه مني أو حيض، وإذا كان كذلك رجح أحد الاحتمالين، وبقي مقابله مرجوحًا، والعمل بالاحتمال الراجح متعين؛ فلذلك حكمنا بالذكورة أو الأنوثة، مع أنه لا غاية بعد ذلك محققة تنتظر، ولم نحكم بالبلوغ؛ لأن لنا أصلًا محققًا وهو الصِّبا، وما وجد من مني أو حيض يجوز أن يحدث بعده ما يقدح في ترتيب الحكم عليه، فلا نزيل أصلًا محققًا بظن لم يشهد لمثله الشرع بمعارضة الأصول، فضلًا عن تقدمه عليها، مع أن لنا غاية [محققة ننتظرها][٥] وهي استكمال خمس عشرة سنة، ولهذا الأصل نظائر في الشرعيات:

منها: إذا علق الطلاق بالولادة، فثبتت الولادة بشهادة النسوة: لا يقع الطلاق.

[ومنها: إذا علق الطلاق بغضبها فثبت بشاهد ويمين، فإنا لا نحكم بوقوع الطلاق][٦].

ومنها: إذا ثبت رمضان بشاهد[٧] واحد لا نحكم بحلول الديون[٨] وإن أوجبنا صومه، والله أعلم.

ولو خرج المني من الذكر، والحيض من الفرج حكمنا ببلوغه على الأصح، وبه جزم أكثرهم، [وقال الشيخ أبو علي: إن نص الشافعي يدل على أنا لا نحكم ببلوغه][٩]. ووجهه الإمام: بأن تعارض الخارجين يدل على أنهما ليسا منيًا ولا حيضًا، فإن الجبلة التي تنشئ المني لا تنشئ الحيض، والطبيعة التي تنشئ الحيض

---

(١) في جـ: وكذا.
(٢) في د: الحكم.
(٣) في أ: فحكمنا ربطا بالسابق.
(٤) في أ: و.
(٥) في أ: ننتظرها محققة.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: بشهادة.
(٨) في أ: الدين.
(٩) سقط في أ.

لا تنشئ المني، وإذا كان كذلك امتنع الحكم بالبلوغ.

قال الماوردي: «والقائل بهذا وهم، فإن الشافعي حيث قال: لو حاض واحتلم لم يكن بالغًا[١]، أراد: إذا كان من أحد الفرجين».

الثاني: إذا ادعى الطفل أنه قد بلغ نظر: إن ادعى[٢] البلوغ بالاحتلام أو الحيض[٣] في سِنِّه - صدق من غير يمين؛ لأن في تحليفه إبطال تحليفه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون في مخاصمة أو لا. نعم، إذا كان في مخاصمة، وبلغ مبلغًا يتيقن بلوغه، قال الإمام: الظاهر أنه لا يحلف - أيضًا - على أنه كان بالغًا حينئذ، [لأنا حكمنا][٤] بموجب قوله، وأنهينا الخصومة، ولا عود إلى التحليف.

وفي «التهذيب» وغيره: أنه إذا جاء واحد من الغزاة يطلب سهم المقاتلة، وذكر أنه احتلم حلف وأخذ السهم، فإن لم يحلف فوجهان عن صاحب «التلخيص» تخريجًا: أنه لا يعطى، وقال غيره: يعطى.

ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة لإمكانها. نعم، [لو كان][٥] غريبًا خامل الذِّكْر، فيلحق بدعوى الاحتلام، أو يطالب بالبينة؛ لإمكانها من جنس المدعي، أو ينظر إلى الإنبات؛ لتعذر معرفة التاريخ كما في صبيان الكفار؟ فيه ثلاثة احتمالات للإمام، وقد أبدى الأول والثاني منها القاضي الحسين في «الفتاوى» أيضًا، والظاهر الثاني.

ولو أطلق الإقرار بالبلوغ، قال القاضي في «الفتاوى»: هل يقبل؟ فيه وجهان.

وإذا أردنا معرفة إنباته، ففي كيفية ما يُطَّلع عليه ثلاثة أوجه:

أصحها[٦]: أنا نكشف عن مؤتزره، كما فعل في بني قريظة.

والثاني: أنه يُدفع إليه طين رطب أو شمع يلصقه على الموضع.

والثالث: [أنه يلمس][٧] من فوق ثوب رقيق ناعم.

قال: وإيناس الرشد: أن يبلغ مصلحًا لدينه وماله، كذا فسر به الحسن البصري ومجاهد وابن عباس الآية، كما حكاه المتولي، وفي «تعليق» القاضي أبي

---

(١) في أ: بلوغًا.
(٢) في أ: كان.
(٣) في أ، جـ: والحيض.
(٤) في أ: لأنه يحكم.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: أحدهما.
(٧) في أ: أنا نلمس.

الطيب أن ابن عباس قال: أن يبلغ ذا وقار وحلم وعقل، وهو قريب من الأول.

فإن قيل: الله تعالى ذكر الرشد منكَّرًا وأثبته، والنكرة في الإثبات لا تعم؛ فمتى وجد منه شيء من الرشد وجب أن يدفع إليه ماله، لكن قام الإجماع على [أن](1) إيناس الرشد في الدين عند البلوغ مع التبذير في المال لا يكفي؛ فتعين أن يكفي الرشد [في المال](2) وإن كان سفيهًا في الدين كما صار إليه أبو حنيفة.

قلنا: قد حكاه المتولي عن بعض أصحابنا، والمذهب الأول، ودليله أن الآية اقتضت وصفه بالرشد، ومن كان فاسقًا في دينه وصف بالغي، [ومن وصف بالغي](3) لا يوصف بالرشد؛ لأن الرشد والغي صفتان متضادتان لا يجوز اجتماعهما، ولأنه لا يؤمن من تبذيره في المال؛ فإنه إذا فسق بارتكاب المعاصي لم يؤمن أن يبذر ماله أو يضيعه(4)؛ فلم يكن لرشده مع فسقه [حكم]، وهذا كما قلنا في رجل معروف بصدق اللهجة لا يكذب، وكان يشرب الخمر؛ فإنه لا تقبل شهادته؛ لأنه غير موثوق به، كذلك هاهنا.

ثم المراد بالرشيد(5) في الدِّين: ألا(6) يرتكب من المعاصي ما يخرجه عن حيز العدالة، وإن أتى بما يسقط المروءة كالأكل في السوق ونحوه، كذا قاله ابن الصباغ وغيره، وهو بناء على المشهور من أن تعاطي هذه الأشياء ليس بمحرم، وسماعي من شيخ المشايخ قاضي القضاة تقي الدين [أبي عبد الله](7) محمد بن رزين - رحمة الله عليه- أنه سمع من بعض علماء الشام أن تعاطي ما ترد به الشهادة من الأكل في الأسواق ونحوه هل حرام أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه للأصحاب.

ثالثها: إن كان قد تحمل شهادة حرم(8) عليه [تعاطي ذلك](9)؛ لأن فيه سعيًا في إبطال شهادته المتعلق بها حق الغير، وإلا فلا، فعلى وجه التحريم ينبغي أن يكون كسائر المحرمات(10)، وقد حكاه الماوردي وجهًا، لكن مأخذه أن الشافعي

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في د. (٣) سقط في ج.

(٤) في أ: أو بضيعة. (٥) في أ: بالرشيد. (٦) في د: من.

(٧) سقط في أ. (٨) في ج: يحرم. (٩) سقط في أ.

(١٠) قوله: ثم المراد بالرشد في الدين: ألا يرتكب من المعاصي ما يخرجه عن حيز العدالة، وإن أتى بما يسقط المروءة: كالأكل في الأسواق ونحوه، كذا قاله ابن الصباغ وغيره، وهو بناء على المشهور من أن تعاطي هذه الأشياء ليس بمحرم، وسماعي من شيخ المشايخ قاضي القضاة تقي =

قال: والرشد: الصلاح في الدين؛ حتى تكون الشهادة جائزة مع إصلاح المال[(١)]، فأجري اللفظ على ظاهره، والجمهور على الأول.

وبالرشد في المال المتفق عليه عند الجمهور: أن يصرف المال في وجهه من غير إسراف ولا تقتير، فلو صرفه في اتخاذ الأطعمة الفائقة والكساوي الرقيقة الرائقة التي لا تليق بحاله[(٢)]، ويتجاوز فيها الحد - فلا رشد عند الغزالي وإمامه.

وحكى الماوردي وجهًا: أنه لا يحجر[(٣)] عليه بسبب ذلك، وصححه الشاشي، وادعى الرافعي أن عليه الأكثرين.

وفي «الذخائر»: أن الشيخ أبا محمد قال[(٤)] فيما إذا بلغ مقتصدًا، ثم ظهرت منه هذه الحالة أنه لا يعاد عليه الحجر، ولم أَرَ في «النهاية» في هذا الموضع له ذكرًا.

ولو أسرف في صرف المال إلى جهة الخيرات: من صرف الصدقات، وبناء المساجد والمدارس، وكل القربات - لم يعد مبذرًا، وإن تناهى في الإسراف[(٥)] فيها.

قال الإمام: ومن رشيق كلام المتقدمين قول بعضهم: لا خير في السرف، ولا سرف في الخير. وحكى عن شيخه أبي محمد أن هذه الحالة لو قاربت البلوغ منعت، بخلاف ما إذا ظهرت منه بعد أن بلغ مقتصدًا؛ فإنه لا يحكم بصيرورته مبذرًا.

ولو قتر على نفسه شحًّا عليها فلا حجر، وفي «الحاوي» عن أبي العباس ابن سريج والإصطخري: أنه يحجر عليه.

تنبيه: الرُّشْد والرَّشَد والرَّشاد: نقيض الغي، وقيل: هو إصابة الخير، وقال

= الدين أبي عبد الله محمد بن رزين: أنه سمع من بعض علماء الشام: أن تعاطي ما تردُّ به الشهادة من الأكل في الأسواق ونحوه، هل هو حرام أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه للأصحاب.
ثالثها: إن كان قد تحمل شهادة حرم عليه تعاطي ذلك؛ لأن فيه سعيًا في إبطال شهادته المتعلق بها حق الغير، وإلا فلا.
فعلى وجه التحريم: ينبغي أن يكون كسائر المحرمات. انتهى كلامه.
وما ذكره في آخر كلامه، وكذلك في أوائله حيث قال: وهو بناء على المشهور... إلى آخره - يقتضي أن كل محرم يقدح هنا، وليس كذلك؛ بل القادح إنما هو المخرج عن العدالة كما صرح به هو في أول الكلام الذي نقلته عنه، وحينئذ فلا يلزم من كون هذا محرما أن يكون مما نحن فيه؛ لجواز أن يكون من الصغائر عند هذا القائل، وهو الظاهر. [أ و].

(١) في جـ: اللفظ. (٢) في جـ: بمغصبه. (٣) في أ: حجر.
(٤) في جـ: قائل به. (٥) في أ: السرف.

الهروي: هو الهدى والاستقامة. يقال: رَشَد: بفتح الشين، يرشُد بضمها، رشدًا: بضم الراء.

ورَشِدَ: بكسر الشين، يرشَد: بفتحها، رشدًا: بفتح الراء والشين، ورشادًا؛ فهو راشد ورشيد[1]، وأرشده غيره ورشَّده: هداه، واسترشده: طلب منه الرشد.

قال: ولا يسلم إليه المال حتى يختبر اختبار مثله؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [النساء: ٦] والابتلاء: الاختبار [كما سبق.

ثم الاختبار][2] في الدين يكون بمشاهدة حاله في العبادات، وتجنب المحظورات وتوقي الشبهات، ومخالطة أهل الخير والعفاف أو غيرهم: فإن ظهر محافظته[3] على القيام بالواجبات وتجنب المحظورات فرشيد، وإلا فلا رشد.

[والاختبار في المال][4] يختلف باختلاف الناس:

فولد من هو من السُّوقة كالبزاز والخباز والبياع وغيرهم، اختباره: أن يُدفع إليه شيء من ماله، [و][5] يأمره الولي أن يتعاطى فيه أسباب البيع والشراء كما يقتضيه منصب أبيه، فيساوم ويماكس ويفعل ما جرت عادة أمثاله به: فإن ظهر أنه يحسن ذلك فهو رشيد، وإن ظهر أنه يغبن بما لا يتغابن بمثله فلا رشد، ولا يكفي في ذلك المرة الواحدة؛ فإنها قد تصدر اتفاقًا، واعتبر الماوردي جريان ذلك ثلاث مرات كما قلنا في الكلب المعلم، وفي «الرافعي»: أن المرتين والثلاث تكفي إذا أفادت غلبة الظن برشده.

وولد الأمير والتاجر يختبر بأن يُدفع إليه شيء من ماله لينفقه[6] في مدة شهر [في خبز وماء ولحم ونحوه: فإن كان يحسن ذلك فهو رشيد، وإلا فلا رشد.

وفي «الحاوي»: أنه يدفع إليه نفقة يوم ثم بعدها نفقة أسبوع، ثم نفقة شهر][7].

وإن كان اليتيم صاحب زراعة اختبره في تدبيرها وزراعتها: فإن رآه مصيب الرأي[8] فيها، [واضعًا الأمور مواضعها][9]، يقدر النفقة على واجبها فهو رشيد، وإلا فلا.

---

(١) في أ: ورشده.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: محافظا.
(٤) في أ: في الاختبار.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: بنفقة.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: الأمر.
(٩) في أ: واضع الأمور في مواضعها.

والجارية، قال القاضي أبو الطيب: تختبر بأن يُدفع إليها شيء من الحمال، ويجعل نساء ثقات تستوفين عليها: فإن غزلت واستغزلت ونسجت واستنسجت ولم تبذر فرشيدة، وإلا فلا. وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنها تختبر بمعاملة محارمها والنسوان، وتؤمر بالتصرف في القطن والغزل وغيرهما من آلة النساء: والكل متقارب.

قال: إما قبل البلوغ أو بعده. هذا الكلام من الشيخ فيه إشارة إلى ذكر خلاف حكاه الأصحاب وجهين في وقت الاختبار:

أحدهما: أن وقته بالتجارة - كما قيده في «الاستقصاء» - بعد البلوغ؛ لأن البيع والشراء لا يصح من الصبي، وكأن قائله يرى صحة بيع السفيه بإذن الولي.

والثاني - وهو الأظهر-: أنه قبل البلوغ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ﴾ [النساء: ٦] [فجعل غاية الابتلاء - وهو الاختبار - بلوغ النكاح](١)، فدل على أنه يكون قبله، ولأنه لو كان بعد البلوغ أدى(٢) ذلك إلى أن يحجر على البالغ الرشيد إلى أن يختبر، وهذا لا يجوز وعلى هذا فاختباره يكون بما ذكرناه من مقدمات البيع والشراء، وإذا آل الأمر إلى العقد باشره الولي.

وقيل: الولي يبتاع سلعة له ويواطئ بائعها في بيعها منه، ثم يأمر الصبي بأن يعاقد عليها بعد المساومة.

وقيل: يأذن له في المعاقدة مع المساومة، ويصح عقده(٣) للضرورة.

والذي حكاه الجمهور: ذكر الخلاف في وقت الاختبار من غير تقييده باختبار التجارة، والأول أقرب.

وعلى كل حال: فلو تلف المال المدفوع إلى الصبي بسبب الاختبار فلا ضمان على الولي.

قال: فإن كان سفيهًا في دينه أو ماله استديم الحجر عليه؛ لأن الله تعالى علق دفع المال إليه بشرطين: البلوغ، وإيناس الرشد، وكما لا يرتفع عنه الحجر إذا رشد قبل البلوغ لا يرتفع عنه إذا بلغ غير رشيد، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا﴾ [النساء: ٥] وأراد بها أموال السفهاء، بدليل أمره بالإنفاق عليهم

---

(١) سقط في أ. (٢) في أ: أدعى. (٣) في أ: عقدها.

منها، ولا يجب الإنفاق من غير أموالهم، وإنما أضيفت إلى المخاطبين؛ لأنها الجنس الذي جعله الله قيامًا للناس، ونظيره قوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡ﴾ [البقرة: ٥٤] أي: ليقتل بعضكم بعضًا، ولأن الحجر إنما يثبت للحاجة إلى حفظ المال، وهي باقية؛ فوجب أن يبقى.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي أن الحجر الأول هو المستدام، وليس كذلك؛ بل الأول كان للصِّبا وقد زال بالبلوغ، وخلفه حجر السَّفَه[(١)]، وبين الحجرين كما قلنا تفاوت[(٢)]، لكن لما اتصل[(٣)] السفه [بالصِّبا][(٤)] كان بمثابة تمادي الصِّبا؛ ولهذا كان الناظر عليه في هذه الحالة من كان ناظرًا[(٥)] في حال[(٦)] الصبا من أب، أو جد، أو وصي، أو حاكم، وإن كان النظر على السفيه يختص[(٧)] بالحاكم، وحكم الجنون[(٨)] إذا اتصل بالصبا[(٩)] حكم السفيه[(١٠)] المتصل به.

قال: ولا يجوز بيعه ولا نكاحه، أي: بغير إذن الولي لمكان الحجر عليه، وإذا امتنع بيعه فكتابته وعتقه وهبته أولى بالامتناع، ولا فرق في ذلك بين أن يصدر في الصحة أو في مرض الموت، وفي «الحاوي» حكاية وجه في نفوذ عتقه في مرض موته؛ تغليبًا لحجر المرض على حجر السفه، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون قد بلغ في موضع فيه حاكم، أو له أب أو جد [أو وصي، أو في موضع لا حاكم فيه ولا أب [له][(١١)] ولا جد][(١٢)] ولا وصي.

وذكر الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» وجهًا عن بعض الأصحاب في الصورة الثانية: أن تصرفه ينفذ إلى أن يلحقه نظر والٍ[(١٣)]: فيضرب عليه حجرًا حينئذ. وهذا ما حكاه في «الاستقصاء» عن القفال في «شرح التلخيص».

وقد يؤخذ من قول الشيخ في باب الإقرار: من لم يحجر عليه يجوز إقراره، وحكم شراء السفيه شيئًا [بثمن في ذمته][(١٤)] حكم بيعه على الأصح.

وفيه وجه: أنه يصح كالعبد، وقد نسب هذا الوجه إلى الشيخ أبي حامد. قال

---

(١) في ج: السفيه.
(٢) في أ: تقارب.
(٣) في ج: انفصل.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الناظر.
(٦) في أ: مال.
(٧) في أ، د: مختص.
(٨) في أ: المجنون.
(٩) في أ: الصبي.
(١٠) في ج: السفه.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) في أ: قال، وفي د: وإلى.
(١٤) في أ: في ذمته بثمن.

الإمام: وقد تتبعت كتب العراقيين وتعاليق أبي حامد فلم أجده.

[وإجارته نفسه هل تلحق ببيعه شيئًا من أمواله؟ حكى القاضي الحسين عن العبادي فيها وجهين][١]، وهما مذكوران في «الإشراف» قولين، وفي «الحاوي»: أنه إن أجر نفسه فيما هو مقصود من عمله مثل أن يكون صانعًا، وعمله مقصودًا[٢] في كسبه - لم يصح ذلك منه، وتولَّى الولي العقد عليه، وإن كان غير مقصود مثل أن يؤاجر نفسه في حج أو وكالة في عمل، وليس عمله مقصودًا في كسبه؛ لاستغنائه بماله - صحت الإجارة؛ لأنه لما جاز أن يتطوع عن غيره بهذا العمل، فأولى أن يجوز منه بعوض.

قال الشيخ - رضي الله عنه-: فإن أذن له في النكاح صح. الكلام في هذا مستوفى في كتاب النكاح، فليطلب منه. وإن أذن له في البيع فقد قيل: يصح[٣]؛ لأنه عقد معاوضة فملكه[٤] بالإذن كالنكاح. وهذا هو المذهب فى[٥] «النهاية» في كتاب النكاح، ويشترط عليه أن يعين له العين التي يبتاعها وثمنها.

قال: وقيل: لا يصح؛ لأن المقصود منه المال، ولا يصح منه مع الحجر كما إذا كان بغير إذن وليه، ولأنه فيه بمنزلة الصبي، وقد تقدم أن الصبي لا يصح بيعه وإن أذن له الولي، وهذا هو الصحيح في [كتاب][٦] «التتمة» في كتاب النكاح، و[هو][٧] الأصح في «التهذيب»، وقال [الإمام][٨] ثَمَّ: إنه غير معدود من المذهب.

وهذا الخلاف يجري كما حكاه البندنيجي فيما إذا أذن له في الشراء أو[٩] الإجارة وغير ذلك من عقود المعاملات، إذا قدر له العوض فيه كما قاله الرافعي، وحقيقته ترجع إلى أنه مسلوب العبارة في المعاملات كالصبي، أو[١٠] هو صحيح العبارة لكن يتوقف الحكم بصحتها على الإذن، وعلى هذا يخرج ما إذا وكله [غيره][١١] في شيء منها، وما إذا اتهب وقبل الوصية، كما حكاه الرافعي.

والمذكور في «الحاوي» في الوصية وقبول الهبة: الصحة، وادعى الإمام أن الأكثرين على صحة الهبة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: ومقصودًا.
(٣) في جـ: لا يصح.
(٤) في جـ: ملكه.
(٥) في جـ، د: وفي.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) سقط في جـ، د.
(٨) سقط في أ.
(٩) في د: و.
(١٠) في جـ: و.
(١١) سقط في أ.

ويجري الخلاف في بيع السفيه بالإذن في قبضه، ما توجه له [في][(١)] قبضه بالإذن، لكنه وجهان كما حكاه الرافعي وغيره في كتاب الخلع، وأرجحهما في «المجرد» للحناطي: صحته.

فرع: إذا اشترى شيئًا بغير إذن وليه وتسلمه، فتلف في يده أو أتلفه فلا مطالبة للبائع بسبب ذلك، لا في الحال ولا بعد فك الحجر، سواء كان عالمًا بسفهه أو لا؛ لتقصيره. نعم، إذا أتلفه وفك الحجر عنه هل يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى وفاء بدل ذلك؟ فيه وجهان رواهما الماوردي وصاحب «التقريب»، قال الإمام: وهذا عندي هفوة؛ لأنه لو وجب لثبتت المطالبة به ظاهرًا؛ إذ لا مانع، وقد حكى الرافعي ذلك وجهًا، وجوز المطالبة ظاهرًا.

قال: وإن طلق أو[(٢)] **خالع صح**:

أما الطلاق؛ فلأن الحجر لا يتناوله؛ لأنه حراسة للمال وحفظ له؛ فإنه يسقط عن نفسه نفقة امرأته، وإن كان قبل الدخول بها رجع إليه نصف الصداق، وإذا كان كذلك لم يمنع منه، وأيضًا: فإن العبد يطلق بغير إذن مولاه، ولا يجري مجرى العقود التي منع منها، فكذلك ها هنا، ولا يقال: في إيقاع[(٣)] الطلاق منه تسبب إلى إتلاف ماله في النكاح، والتزام المهر الجديد؛ لأنا نقول: إذا كان كذلك سَرَّيناه بجارية، ولا نزوجه حتى لا يؤدي إلى ذلك، كذا أجاب به القاضي أبو الطيب، وفيه نظر؛ لأنا إنما نسرِّيه بعد كثرة الطلاق منه، وذلك لا يمنع ما جرى من محذور.

وأما في الخلع؛ فلأنه إذا صح طلاقه فبعوض أولى.

قال: إلا أنه لا يسلم إليه المال؛ للحجر عليه فيه، فلو سلمه[(٤)] إليه ضمنه المسلم.

تنبيه: السفه: ضعف العقل وسوء التصرف، وأصله: الخفة والحركة، [يقال: سفهت الريح الشجر: مالت به، وسمي هذا سفيهًا؛ لخفة عقله.

قيل: ولهذا سَمَّى الله تعالى النساء والصبيان سفهاء في قوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء: ٥].

(١) سقط في جـ، د.
(٢) في أ: و.
(٣) في جـ: ارتفاع.
(٤) في جـ، د: سلم.

وقد حكي عن أهل اللغة: أن السفيه: الجاهل الذي قل[١] عقله، وجمعه: سفهاء، وقد سفه - بكسر الفاء - يسفه: بفتحها، والمصدر: السفه، والسفاهة والسَّفَاهُ][٢].

قال: وإن[٣] **كان مصلحًا لدينه وماله انفك عنه الحجر**، أي: من غير حاكم؛ لأنه حجر ثبت بغير حاكم؛ فلم يتوقف زواله على إزالة الحاكم[٤] كحجر المجنون، وهذا ما صححه الإمام والمتولي، وجزم به الغزالي، وينسب إلى ابن سريج.

قال: وقيل: لا ينفك إلا بالحاكم؛ لأن الرشد مما يعرف بنظر واجتهاد؛ فافتقر إلى الحاكم كفك الحجر عن السفيه، وهذا يروى عن ابن أبي هريرة، وهو الأصح في «التهذيب»، والقائلون به قالوا: كما ينفك بالحاكم ينفك بالأب والجد، وفي الوصي والقيم وجهان.

قال الرافعي: وهذا يطعن[٥] في توجيههم إياه بالحاجة إلى النظر والاجتهاد.

وحكى الطبري عن أبي حامد: أن الصبي إن كان الناظر في ماله الأب والجد، فبلغ رشيدًا زال الحجر عنه من غير حاكم، وإن كان الناظر فيه الحاكم فوجهان، وعلى هذه الطريقة ينبغي أن يحمل ما قاله الشيخ أولًا وما قاله هنا، وجزم في «البحر» في كتاب «الوصية» بأن الولي[٦] إن كان أبًا أو جدًّا انفك بنفسه، وإن كان حاكمًا أو قيمًا فلا بد من فك الحاكم، وإن كان وصيًّا فوجهان.

فرع: لو ادعى [الابن][٧] على الأب أنه بلغ رشيدًا، وطالب فك الحجر عنه، وأنكر الأب لم يحلف.

قال في «الإشراف»: ويحتمل أن يخرج وجه آخر على مقتضى قول أبي حامد: إن الأب يحلف؛ لأن الحلف يستخرج منه الإقرار، [فهو لو][٨] أقر برشده انعزل عن الولاية؛ فكان للتحليف فائدة.

فرع: إذا حكم الحاكم للسفيه في تصرف خاص ففيه وجهان:

---

(١) في جـ، د: عقل.
(٢) سقط في د.
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) في أ: زوالة الحكم.
(٥) في أ: الطعن.
(٦) في أ: المولى.
(٧) سقط في أ.
(٨) في د: ولو.

أحدهما: لا يستفيد به جواز التصرف على العموم؛ كالعبد المأذون له في نوع من التجارة لا يصير مأذونًا له في سائر الأنواع.

والثاني: يلي؛ لأن القاضي إذا رأى الرشد فيه حتى أطلق الحجر عنه في نوع وجب عليه إطلاق الحجر عنه على العموم؛ فانطلق[(١)] على العموم بالإطلاق الخاص، كذا حكاه القاضي الحسين في باب «مداينة العبيد».

فرع: لو بلغ الصبي، ولم يظهر منه ما يخالف الرشد قال الإمام: فالأصح أن [الحجر يطلق][(٢)] عنه، ولا حاجة إلى إطلاق القاضي، وذكر بعض الأصحاب وجهًا بعيدًا [مما حكيناه][(٣)] في هذا المقام أيضًا: في أن رفع الحجر يتصل بالحكم[(٤)] وإطلاق الحاكم، وهذا بعيد جدًّا، وهو أبعد مما حكيناه فيه إذا بلغ سفيهًا ثم زال السفه واستمر الرشد؛ فإنه قد يظن أن الحجر يثبت بمجتهد فيه وهو السفه؛ فيزيله المجتهد[(٥)] بنظره، وهذا بعيد كل البعد؛ إذ لم يثبت سفه متصل [بزوال الصبا][(٦)].

هذا آخر كلامه، وقد فهم منه [بعض علماء زماننا أن الحجر ينطلق عن الصبي على الصحيح بمجرد البلوغ، وعدم ظهور أمر منه يخالف][(٧)] الرشد. وأنه استشكله، وعندي: أن هذا ليس المراد؛ وإنما الإمام - رضي الله عنه - قدم على هذا الفرع ما إذا بلغ سفيهًا ثم رشد: أن الحجر يرتفع عنه بمجرد الرشد على الأصح، ثم فرض هذا الفرع، ومراده حصول الرشد بعد حالة[(٨)] البلوغ التي لم يعرف فيها هل هو رشيد أم سفيه، ويؤيده ما ذكره من بعد كما حكيناه، ثم فحوى كلام الإمام: أنه لو بلغ رشيدًا لا يحتاج إلى فك الحاكم وجهًا واحدًا، والله أعلم.

وإن[(٩)] **فك الحجر عنه، ثم بذر،** أي: صرف المال في غير وجهه على النعت الذي ذكرناه من قبل.

قال أهل اللغة: التبذير: تفريق المال إسرافًا، ورجل مُبَذِّر وتِبْذَارة.

قال: حجر عليه الحاكم؛ لما روي أن عبد الله بن جعفر ابتاع[(١٠)] أرضًا سبخة

---

(١) في أ: فإن طلق.
(٢) في جـ: الحجر ينطلق.
(٣) سقط في أ، جـ.
(٤) في جـ، د: بالحاكم.
(٥) زاد في جـ، د: فيه.
(٦) في أ: بالصبي.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: جهالة.
(٩) في التنبيه: فإن.
(١٠) في أ: أباع.

بستين ألف درهم، فمر عليها عثمان بن عفان -رضي الله عنه- فقال: ما يسرني أن تكون [لي][١] بنعلين، ثم رأى علي بن أبي طالب فقال: لِمَ لا تأخذ على يد ابن أخيك؟! اشترى سبخة بستين ألفًا ما يسرني أنها لي بنعلين. فعلم عبد الله بن جعفر بذلك، فلقي الزبير بن العوام، وذكر له الحال، فقال: شاركني فيها، فشاركه، ثم أقبل علي إلى عثمان - رضي الله عنهما - فسأله الحجر على عبد الله، فقال عثمان بعد أن بلغه مشاركة الزبير: كيف أحجر على من شريكه الزبير؟! [ذلك أن الزبير][٢] كان معروفًا بالإمساك والاستصلاح؛ فصارت شركته شبهة تنفي استحقاق الحجر.

فكان ذلك منهم - ومن باقي الصحابة [في إمساكهم][٣] - إجماعًا منعقدًا على استحقاق الحجر على البالغ، وأن الذي يتعاطاه هو الحاكم، ولأن التبذير معنىً لو فارق البلوغ منع من دفع المال إليه؛ فإذا طرأ بعده وجب انتزاعه من يده، أصله الجنون.

وقد يستدل لجواز الحجر [عليه][٤] بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ﴾ [الإسراء: ٢٧] فذم المبذر، فوجب المنع منه، ولا يصح المنع من التبذير إلا بالحجر.

وبقوله[٥] ﷺ: «خُذُوا عَلَى أَيْدِي سُفَهَائِكُمْ»[٦]، ولا يصح ذلك إلا بالحجر.

قال: ولا ينظر في ماله غيره، أي: غير الحاكم؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم؛ فكان هو الناظر فيه كمال المفلس، هذا هو الصحيح، ووراءه وجوه:

أحدها - [حكاه][٧] في «الإشراف»-: أنه إذا حجر عليه وله أب أو جد كانت الولاية عليه للأب والجد.

والثاني: أن الحجر لا يفتقر إلى حاكم، بل يعود عليه بنفسه؛ كما لو جن، فعلى هذا يكون الناظر عليه الأب والجد أو[٨] الحاكم؟ فيه وجهان كالوجهين

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ، د. (٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج، د. (٥) في أ: لقوله.
(٦) أخرجه عبد الله بن المبارك في مسنده، ص (٤٧) برقم (٨١)، والطبراني في المعجم الكبير، كما في فيض القدير (٣/ ٥٧٩)، والبيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٩٢) برقم (٧٥٧٧) وغيرهم، من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه مرفوعًا.
(٧) سقط في أ. (٨) في ج: و.

فيما إذا جن الرشيد، يكون النظر في ماله لمن؟ لكن الأصح في المجنون أن النظر في ماله للأب والجد، وهاهنا الأصح. أن النظر للحاكم.

والثالث -رواه ابن كج عن أبي يحيى البلخي-: أن للأب والجد إعادة الحجر عليه كما للحاكم؛ فعلى هذا يظهر أن يكون النظر [لهما][١].

قال: والمستحب أن يشهد على الحجر؛ ليجتنب [الناس][٢] **معاملته**.

وقد أشار الشيخ -رضي الله عنه- إلى علة الحكم بما[٣] ذكره.

وقال[٤] ابن أبي هريرة: لا يصح هذا الحجر إلا بالإشهاد عليه.

قال الماوردي: ويستحب بعد الإشهاد أن ينادي في الناس بإيقاع الحجر عليه؛ ليكون أشهر لأمره.

فرع: لو كان يغبن في بعض التصرفات خاصة فهل يحجر عليه في ذلك النوع خاصة[٥]؟ فيه وجهان؛ لبعد اجتماع الحجر والإطلاق في شخص واحد.

قال: وإن انفك الحجر عنه، ثم سفه في الدين دون المال -فقد قيل: يعاد الحجر عليه، كما لو سفه في المال؛ بجامع توقف فكاك الحجر على وجود الرشد فيهما عند البلوغ، وهذا قول ابن سريج، وهو الأصح في «التهذيب».

وقيل: لا يعاد؛ لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة[٦]، ويخالف الاستدامة؛ لأن الحجر كان ثَمَّ ثابتًا، والأصل بقاؤه، وهاهنا ثبت الإطلاق والأصل بقاؤه؛ فلا يلزم من الاكتفاء بالشك للاستصحاب الاكتفاء به لترك الأصل، ويخالف التبذير؛ فإنا نتحقق به تضييع المال، وبالفسق لا نتحقق؛ فإنه ربما لا ينفق المال إلا فيما يسوغ وإن كان فاسقًا، ومقصود الحجر صيانة المال، كذا قال الرافعي، واختار صحة هذا الوجه، كما جعله الإمام المذهب، وهو[٧] قول أبي إسحاق المروزي، قال القاضي أبو الطيب: وهو ظاهر لفظ الشافعي.

قلت: ولك أن تعترض على ما قاله الرافعي من «أن الحجر كان [ثم][٨] ثابتًا، والأصل بقاؤه» بأن الحجر الذي كان ثابتًا حجر الصِّبا، وقد زال بالبلوغ، والحجر

---

(١) في أ: إليهما، وسقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: كما.
(٤) في أ: قال.
(٥) في جـ، د: خاصًا.
(٦) في أ: السفيه.
(٧) في جـ: قال.
(٨) سقط في أ.

عليه بعد ذلك حجر سفه، فقياس ما قاله ألا يحجر عليه [إلا][(١)] في حالة بلوغه كما في هذه الحالة، والله أعلم.

ولا يخفى أن هذا الخلاف مفرع على المذهب في اعتبار الرشد في الدين حالة البلوغ، أما إذا قلنا: [إنه لا يعتبر كما رويناه عن حكاية صاحب «التتمة» فلا يعاد هاهنا وجهًا واحدًا، ثم الوجه الذي حكيناه في عود الحجر عليه بنفسه إذا سفه في المال - كما هو منسوب إلى أبي ثور - قال [الإمام][(٢)]: لا يجيء في هذه الصورة.

فرع: إذا رشد بعد وقوع حجر[(٣)] عليه فيما[(٤)] كان سفيهًا فيه افتقر [زوال الحجر][(٥)] إلى رفع الحاكم وجهًا واحدًا إن قلنا: لا يثبت إلا بالحاكم. وإن قلنا: إن الحجر يعود بنفسه، قال الإمام: فحكمه حكم من بلغ سفيهًا ثم رشد، والأصح فيه: أن الحجر يرتفع [عنه][(٦)] من غير حاكم. وغيره ألحقه بالصبي إذا بلغ رشيدًا، والكل متقارب. والله أعلم.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: الحجر.
(٤) في أ: فما.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ.

باب الصلح

الصلح، والإصلاح، والمصالحة: قطع المنازعة.

مأخوذ من قولهم: صلح الشيء - بفتح اللام وضمها - إذا كمل، وهو خلاف الفساد.

وهو في عرف الشرع: معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين.

وهو يتنوع أنواعًا: صلح بين المسلمين، والمشركين.

وصلح بين الإمام والفئة الباغية.

وصلح بين الزوجين إذا وجد الشقاق، أو [إذا][1] وجدت من الزوج إعراضًا وخافت النشوز.

وصلح في المعاملات: وهو الذي ذكر هذا الكتاب لأجله.

ولا يقع في الغالب إلا على انحطاط رتبة إلى ما دونها لبلوغ بعض الغرض.

ويقال: صالحته مصالحة [وصلاحًا - بكسر الصاد - ذكره الجوهري [وغيره][2].

قال: وهو يذكر ويؤنث، وقد اصطلحا وتصالحا][3] واصَّالحا.

والأصل في جوازه آيات من الكتاب، منها قوله تعالى: ﴿لَّا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّن نَّجْوَىٰهُمْ﴾ إلى آخرها [النساء: ١١٤].

ومن السنة: ما روى أبو هريرة وعمرو بن عوف المزني [أن رسول الله ﷺ][4] قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إلا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»[5] كذا

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في ج، د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) أخرجه الترمذي (٣/ ٦٣٤، ٦٣٥) كتاب الأحكام، باب: ما ذكر في الصلح بين الناس (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٨)، كتاب الأحكام، باب: الصلح (٢٣٥٣)، وقال الترمذي حسن صحيح، وفي الباب عن أبي هريرة -رضي الله عنه-، وأخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٤)، كتاب الأقضية، باب: في الصلح (٣٥٩٤)، وأحمد (٢/ ٣٦٦)، وابن حبان (١١/ ٤٨٨) برقم (٥٠٩١)، والحاكم في =

خرَّج أبو داود رواية أبي هريرة.

وأراد بالأول: أن يصالح على دراهم بأكثر منها، وبدنانير غير مؤجلة، أو بخمر أو خنزير ونحو ذلك. [وبالثاني: أن يصالح زوجته على ألا[١] يطلقها أو لا يتزوج عليها، أو لا يتصرف في المال المصالح به ونحو ذلك][٢].

وقد جاء لفظ الخبر أثرًا عن عمر، قيل: وهو المشهور، وإن أكثر أحكام عمر كانت صلحًا.

وقد أجمع المسلمون على جواز الصلح ومشروعيته.

واختلف أصحابنا في أنه رخصة؛ لاستثنائه من [جملة][٣] محظور، أو وهو مندوب إليه؛ لكونه أصلًا بذاته؟ على وجهين:

اختار الأول منهما [ابن][٤] أبي هريرة، وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي؛ لأنه فرع لأصول يعتبر بها في صحته وفساده، وليس أصلًا[٥] بذاته، فصار لاعتباره بغيره رخصة [مستثناة][٦] من جملة محظور.

والثاني [قاله][٧] أبو الطيب بن سلمة؛ لأنه أصل بذاته قد جاء الشرع به، وجرى العمل عليه. قال في «الحاوي»: وقد أشار إلى القول به أبو حامد.

ولهذا الاختلاف أثران:

أحدهما: أن قوله ﷺ: «الصُّلْحُ جَائِزٌ...» إلى آخره، هل هو مجمل أو عام؟ فمن قال بالأول قال: إنه مجمل، ومن قال بالثاني قال: إنه عام.

والأثر الثاني يأتي في الكتاب.

والذى جزم به الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ: أنه ليس أصلًا بنفسه، وإنما هو فرع لغيره، وسنذكر ما هو فرع له.

قال الشيخ - رحمه الله-: الصلح بيع؛ لوجود معنى البيع فيه. هكذا وجهه الشيخ، رحمه الله.

= المستدرك (٢/ ٤٩)، كتاب البيوع، باب: المسلمون على شروطهم والطبراني في الكبير (١٧/ ٢٢)، والدارقطني في السنن (٣/ ٢٧)، والبيهقي (٦/ ٦٣، ٦٥).

(١) في جـ: أن.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) في جـ: أصل.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) سقط في جـ، د.

فإن قيل: الشيخ -رحمه الله- حصر الصلح في كونه بيعًا، وقد حكي عن الشيخ أبي حامد: أن الصلح ثلاثة أنواع - كما جزم به راوياه المحاملي والبندنيجي-: صلح هو بيع، وصلح هو إبراء، وصلح هو هبة، فكيف يحسن من الشيخ مخالفته، و«التنبيه» مختصر «تعليقه»؟!

قلت: الجواب [أن المحاملي حكى][١] عن الشيخ أبي حامد تصوير صلح الإبراء: بما إذا كان له عند زيد ألف وهو مقر بها، فقال: أعطني [خمسمائة وأبرأتك من خمسمائة.

وصلح الهبة: بما إذا كان له عنده عينان أو عين واحدة، فقال][٢]: أعطني إحداهما أو بعض العين ووهبتك الباقي، وأنه جزم بالبطلان فيما إذا قال: صالحتك من الألف على خمسمائة، ومن العينين على إحداهما أو بعض العين الواحدة؛ كما حكاه ابن الصباغ هنا، وإن كان في باب خيار المجلس قد فسرهما بمثل ما قاله أبو حامد.

فلما نظر الشيخ في[٣] ذلك وجد ما قاله من تصوير صلح الإبراء والهبة حائدًا عن حقيقته؛ فإنه لم يأت فيهما بلفظ الصلح؛ فإن حقيقته فيهما: أن يصالح من الألف [على][٤] خمسمائة، ومن العينين على إحداهما، أو من العين على بعضها و[قد][٥] جزم في هاتين الصورتين بالمنع، وأعرض عن ذكرهما؛ لتناقض الكلام فيهما، واقتصر على ذكر كونه بيعًا؛ لكون هذا الكتاب مختصرًا من «تعليقه».

ثم البيع الذي فسر به الصلح يشمل بيع الدين والعين والمنفعة، وقد حكى في «المهذب» وجهين في أن الصلح بيع بالتفسير الذي ذكرناه [ليس][٦] إلا؛ حتى لا يصح فيما عداه، أو يتنوع إلى ذلك وإلى كونه إبراء أو هبة أو عارية، حتى تصح جميع هذه العقود.

والذي جزم به القاضي أبو الطيب واختاره في «المرشد»، ورجحه ابن الصباغ [وغيره: الثاني. وحكى ابن الصباغ][٧] أن أبا الطيب ذكر في صورة الإبراء ما يقتضي موافقة الشيخ أبي حامد في عدم الصحة، وأنه قال في موضع آخر بالصحة فيها، وأن غيره حكاه.

---

(١) في جـ: أن المحكى.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ، جـ: إلى.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.

والأول - وهو ما اختاره الشيخ في هذا الكتاب - مؤيد بما حكاه الماوردي: أن الشافعي - رضي الله عنه - نص على أن الصلح من الدار على سكناها لا يصح.

ثم صورة الصلح الذي هو بيع: أن يكون له في يده عين أو في ذمته دين، فيقر له به، [ثم](١) يصالحه على ما يتفقان عليه من غيره، سواء كان عينًا أو دينًا أو منفعة، لكنه إذا وقع على منفعة كان إجارة.

وصورة الصلح الذي هو [إبراء: أن يصالحه على أن يسقط بعض الدين ويدفع إليه الباقي.

وصورة الصلح الذي هو هبة: أن يدعي عليه عينًا، فيصالحه على بعضها، ويكون الباقي](٢) هبة.

وصورة الصلح الذي هو عارية: أن يصالحه من الدار على سكناها شهرًا - مثلًا - وله أن يرجع فيه(٣)، وسيأتي بعض هذه المسائل في الكتاب.

واعلم أن كثيرًا من الطلبة يسألون عن المعنى الذي لأجله قال الشيخ في السلم: إنه صنف من البيع، وقال هنا: إن الصلح بيع، وكذلك قال في الإجارة: وقد قيل في معناه: إن السلم لما كان لا ينعقد به إلا بيع خاص وهو بيع الدَّيْن - حسن تسميته صنفًا منه، والصلح لما انعقد به بيع ما في الذمة وبيع العين، [وكذلك الإجارة لما صح ورودها على ما في الذمة وعلى العين](٤) حسن تسميتها بيعًا.

وقد يقال: إن لفظ «الصنف» و«البيع»(٥) [إذا نطق به منكرًا مترادفان(٦)؛ لأن الصنف واحد الجنس، وكذلك البيع](٧) إذا نطق به منكرًا كان واحد الجنس أيضًا؛ فلا فرق بينهما، والتغاير في اللفظ من أساليب(٨) البلاغة. ويعضده أن الإمام حكى [في هذا الكتاب](٩) عن الشافعي أنه قال: الإجارة صنف من البيوع(١٠)، والله أعلم.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: فيها.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: المصنف البيع.
(٦) في أ، ج: مترادفًا.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: أسباب.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: البيع.

قال: يصح ممن يصح منه البيع، ويثبت فيه ما يثبت [في البيع][1] من خيار المجلس، وخيار الشرط، أي: إذا لم يكن ثم ما يمنعه كما تقدم في البيع.

قال: والرد بالعيب، أي: وباقي الأحكام من التحالف، والاستتباع، وثبوت الشفعة، وغير ذلك؛ تحقيقًا لمعنى البيع.

قال: ولا يجوز الصلح على ما لا يجوز عليه البيع من المجهول وغيره، أي: مما هو مذكور في الأبواب السالفة؛ للمعنى الذي ذكرناه.

واعلم [أن الشيخ نبه بقوله: يصح ممن يصح منه البيع، على أمرين:

أحدهما: أنه [لا][2] يصح ممن لا يصح منه البيع.

والثاني:][3] أنه يصح وإن لم يتقدم بينه وبين المشتري مخاصمة؛ لأنه يصح منه البيع في هذه الحالة.

وقد حكي [عن][4] الشيخ أبي محمد رواية وجه في هذه الصورة: أنه لا يصح بيعًا؛ فإن الصلح من غير تقدم منازعة غير مستعمل، وجعله الرافعي أظهر، ثم قال: وهو مفروض فيما إذا لم ينويا أو أحدهما به شيئًا، أما إذا نويا به البيع، فإنه يكون كناية بلا شك، ويكون على الخلاف المشهور في انعقاد البيع بالكنايات.

ونبه بقوله: ولا يجوز الصلح على ما لا يجوز البيع عليه . . . إلى آخره [على][5] أنه يصح على ما يصح عليه [البيع][6]؛ إذ لو لم يكن هذا المراد لما كان لتخصيص المذكور بالذكر فائدة، وهذا هو الصحيح، وما روي عن صاحب «التلخيص» من أنه جوَّز الصلح عن[7] أرش الموضحة إذا علما قدره، وأنه منع صحة بيعه - فقد خالفه فيه المعظم، وإن كان الغزالي جعل المخالف له الشيخ أبا علي، وقالوا: إن كان الأرش مجهولًا كالحكومة التي لم تقدر بعد، لم يصح الصلح عنه ولا بيعه.

وإن كان معلوم القدر والصفة: كالدراهم إذا ضبطت في الحكومة، جاز الصلح عنها، وجاز بيعها ممن عليه.

وإن كان معلوم القدر دون الصفة على الحد المعتبر في السلم؛ كالإبل الواجبة في

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في د: على.

الدية[١]، ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع جميعًا وجهان[٢] -ويقال: قولان- أظهرهما فيما ذكره السرخسي: المنع.

قال: فإن[٣] **صالح من دين**، أي: يجوز بيعه، **على عين أو[٤] دين، لم يجز أن يتفرقا من غير قبض.**

هذه المسألة قدمت الكلام عليها في باب القرض؛ فليطلب منه.

وقد حكى المحاملي هنا - وهو الذي اختاره في «المرشد» - أن الأصح فيما إذا صالح على عين: أنه لا يشترط القبض كما حكيناه [ثم][٥] عن الغزالي وغيره.

قال: **وإن صالح من ألف على خمسمائة**، أي: بأن قال: صالحتك عن[٦] الألف الذي في ذمتك [على خمسمائة في ذمتك][٧]، وقبضها في المجلس - **لم يصح**؛ لأنا [قدرنا أن الصلح بيع، وهو][٨] لو قال: بعتك الألف بخمسمائة[٩] لم يصح اتفاقًا؛ فكذلك إذا كان بلفظ الصلح، وهذا [ما حكينا][١٠] من قبل أن الشيخ أبا حامد جزم به.

قال: **وقيل: يصح**؛ لأن معنى ذلك: أعطني خمسمائة، وأبرأتك من خمسمائة. وهو لو صرح بذلك لصح - كما سنذكره - فكذلك إذا أتى بلفظ الصلح، وهذا[١١] ما جزم به القاضي الحسين في «التعليق»، ورجحه الإمام والرافعي وابن الصباغ، كما ذكرناه.

---

(١) في أ: الإبل، وفي د: الذمة.

(٢) قوله: وما روي عن صاحب «التلخيص» من أنه جوز الصلح عن أرش الموضحة إذا علما قدره، وأنه منع صحة بيعه - فقد خالفه فيه المعظم.
وقالوا: إن كان الأرش مجهولا كالحكومة التي لم تقدر بعد لم يصح الصلح عنه ولا بيعه.
وإن كان معلوم القدر والصفة: كالدراهم إذا ضبطت في الحكومة جاز الصلح عنها، وجاز بيعها ممن هي عليه.
وإن كان معلوم القدر دون الصفة؛ كالإبل الواجبة في الدية ففي جواز الاعتياض عنها بلفظ الصلح وبلفظ البيع وجهان. انتهى كلامه.
وما قاله - رحمه الله -من نقل هذا التقسيم عن صاحب «التلخيص» قلد فيه الرافعي، وهو لا ينطبق على ما نقله هو عنه؛ فإنه فرض المسألة في المصالحة عن أرش الموضحة إذا علم قدر أرشها؛ فكأنه صالحه على خمس من الإبل، وهو القسم الثالث من التقسيم المتقدم؛ فلا يجيء القسمان الأولان أصلا. [أ و].

(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) زاد في التنبيه: على.
(٥) سقط في د.
(٦) في ج، د: من.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في د.
(٩) زاد في أ: فإنه.
(١٠) في ج: حكيناه.
(١١) في أ: هو.

وقدح في علة الأول بأن الصلح إنما يكون بيعًا إذا ذكر فيما يقتضي معاوضة، أما أن يكون لفظه[١] يقتضيه فليس بصحيح؛ لأن الصلح إنما معناه[٢]: الاتفاق [والتراضي، والاتفاق][٣] قد يوجد في المعاوضة[٤] وغيرها، وهذا كما أن لفظ التمليك إذا كان فيما طريقه المعاوضة، مثل أن يقول: ملكتك هذا [بهذا، يكون بيعًا، وإذا قال: ملكتك هذا][٥]، كان[٦] هبة؛ لما تجرد عن العوض، كذلك هذا.

وفي «الحاوي» حكاية ما جزم به أبو حامد عن أبي إسحاق المروزي، وما رجحه ابن الصباغ عن أبي الطيب بن سلمة، وأنهما بنيا ذلك على اعتقادهما أن الصلح رخصة وفرعٌ لغيرِهِ، أو هو أصل بنفسه؟ فأبو إسحاق قال: هو فرع للبيع[٧]؛ [فلا يصح، و][٨] أبو الطيب بناه على أنه أصل بنفسه؛ فيصح.

ثم على هذا: هل يفتقر إلى الإتيان بلفظ الإبراء؟ فيه وجهان في «التتمة».

فإن قلنا: إنه لا يفتقر - وهو المشهور - فهل يفتقر [إلى القبول][٩]؟ بناه الإمام وغيره على أن الإبراء هل يفتقر إلى القبول أم لا؟ والأصح: أنه لا يفتقر.

وإن قلنا بافتقاره فهاهنا كذلك، وإلا فوجهان كالوجهين[١٠] فيما إذا قال: وهبتك ما لي عليك من دين؛ لأن اللفظ معناه التمليك؛ فيستدعي في وضعه[١١] القبول؛ ولهذه العلة جعل الرافعي وجه الاشتراط أظهر.

أما لو قال: صالحتك من الألف الذي في ذمتك على هذه الخمسمائة، فقد ادعى بعضهم جريان الخلاف السابق في هذه الصورة - أيضًا - وهو ما صححه المتولي، وقال الإمام والقاضي الحسين في «تعليقه»: الأصح فيها البطلان، ويبقى الألف بحاله؛ فإن اللفظ الذي جاء به مع التعيين صحيح في عوض[١٢] المعاوضة، وبيع الألف بخمسمائة باطل، ويجري الخلاف الذي حكاه الشيخ وأصله فيما إذا أقر بعين، ثم قال: صالحتك على بعضها[١٣] كما حكيناه من قبل؛

---

(١) في أ: بلفظ.
(٢) في د: معناه لأن.
(٣) سقط في د.
(٤) زاد في أ: أما أنه يكون لفظ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج: يكون.
(٧) في أ، د: المبيع.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: في التتمة.
(١١) في ج: وصفه.
(١٢) في ج: غرض.
(١٣) في أ: نصفه، وفي د: نصفها.

لأن بيع الشيء ببعضه باطل، ولكن على قول الصحة - وهو الأصح عند الإمام وابن الصباغ والرافعي - لا بد من وجود [شرائط][(١)] الهبة وجهًا واحدًا.

فرع: لو كان له في ذمته ألف درهم وخمسون دينارًا، فصالحه [منها][(٢)] على ألف[(٣)] درهم - [صح، بخلاف ما لو كان له تحت[(٤)] يده ألف درهم وخمسون دينارًا، فصالحه منها على ألف درهم][(٥)]؛ حيث لا يصح؛ لأنه من قاعدة مُدِّ عَجْوة، بخلاف الأولى؛ لأنه يجعل قابضًا للألف، معتاضًا [عن الخمسين][(٦)] دينارًا ألف درهم.

وقال القاضي الحسين: لا يصح في هذه الصورة أيضًا، تنزيلًا له على معنى المعاوضة، وهو الذي تقتضيه طريقة الشيخ أبي حامد.

ويجري الخلاف فيما لو كان له عنده صاع حنطة وصاع شعير، فصالحه على صاعي حنطة أو شعير، كما صرح به القاضي الحسين في «التعليق».

قال: وإن قال: أعطني خمسمائة وأبرأتك من خمسمائة، جاز؛ لأنه أبرأه عن بعض حقه وأخذ بعضه، ولا منافاة في ذلك، وقد استدل له بما روى مسلم وأبو داود بسندهما: أن كعب بن مالك تقاضى ابن أبي [حَدْرَدٍ دَيْنًا كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد، فارتفعت أصواتهما][(٧)] حتى سمعها رسول الله ﷺ وهو في بيته؛ فخرج إليهما حتى كشف عن سجْفِ حجرته، ونادى: «يَا كَعْبُ» قال: لبيك، يا رسول الله، فأشار رسول الله ﷺ بيده: أَنْ ضَعْ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ، فَقَالَ كَعْبٌ: قَدْ فَعَلْتُ يَا رَسُولَ اللهِ؛ فقال رسول الله ﷺ: «قُمْ فَاقْضِهِ»[(٨)].

ثم هل يشترط قبض الخمسمائة الأخرى في[(٩)] المجلس؟

الذى يقتضيه كلام الماوردي: لا؛ فإنه قال: لو ادعى عليه ألفًا، فأقر بها، ثم

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في د. (٣) في أ: ألفي.
(٤) في أ: في. (٥) سقط في د. (٦) في أ: للخمسين.
(٧) سقط في د.
(٨) أخرجه البخاري (١/ ٧٢٥) كتاب الصلاة، باب: التقاضي والملازمة في المسجد برقم (٤٥٧)، وأخرجه أيضا في كتاب الخصومات، باب: كلام الخصوم بعضهم في بعض برقم (٢٤١٨)، وأخرجه مسلم (٣/ ١١٩٢) كتاب المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدين برقم (٢٠/ ١٥٥٨)، وأبو داود (٢/ ٣٢٨) كتاب الأقضية، باب: الصلح، برقم (٣٥٩٥).
(٩) في ج، د: من.

صالحه [منها][١] على خمسمائة، وأبرأه من الباقي - [كان ما صالحه][٢] عليه من الخمسمائة مستحقًّا؛ فالصلح صحيح، والإبراء لازم، [ويرجع][٣] على المقر ببدل ما استحق[٤] من يده.

قلت: فلو كان القبض شرطًا لما برئ في هذه الصورة؛ لأن قبض المستحق كلا قبضٍ[٥]، دليله: لو وقع مثل ذلك في الصرف ورأس مال السلم، ويعضد ذلك ما قاله المتولي في المسألة قبل هذه: أنا إذا صححنا العقد فيها لا يشترط قبض الخمسمائة في المجلس؛ لأنا لم نجعل لهذا العقد حكم المعاوضة، بل جعلناه إبراء، وذلك في مسألتنا من طريق الأَوْلى، وفي «الجيلي»: أن من شرط صحة الإبراء قبض الباقي في المجلس، وأنه هل يفتقر إلى القبول فيها [على قولنا: إن الإبراء لا يفتقر إلى القبول؟ فيه][٦] وجهان.

وفي «الزيادات» لأبي عاصم العبادي: أنه إذا امتنع من أداء الخمسمائة كان في المسألة وجهان:

أحدهما: يعود الدين.

والثاني: لا يعود؛ بناء على أن الإبراء هل يقتضي القبول؟ فإن قلنا: يقتضيه، فامتناعه رد للقبول[٧] حكمًا؛ فلم يسقط الدين، وإن قلنا: لا يقتضي القبول، فالدين ساقط.

والحكم فيما لو كان المدعى عينًا، وأقر بها، ثم قال: أعطني نصفها ووهبتك [الباقي][٨]، كما ذكرنا[٩]، لكن يشترط في النصف الموهوب استكمال شرائط الهبة.

فرع: لو قال: أبرأتك من[١٠] الخمسمائة على أن تدفع إليَّ الخمسمائة الباقية، لم يصح؛ لأنه ترك[١١] [بعض حقه ليأخذ البعض، وليس يجوز أن يبيع][١٢] بعض حقه ببعض، كذا قال المحاملي، ثم قال: ومن أصحابنا من غلط[١٣] فقال بجواز ذلك.

قال: وإن ادعى عليه مالًا، فأنكره، ثم صالح منه - [أي: من المدعى عليه][١٤] - على شيء، أي: من المدَّعَى أو غيره - لم يصح الصلح؛ لقوله- عليه السلام-: «إِلَّا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ج: مكان مصالحه.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: ما يستحق.
(٥) في أ: كالقبض.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: المقبول.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: ذكرا.
(١٠) في ج، د: عن.
(١١) في أ: بدل.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: خبط.
(١٤) سقط في أ.

صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا». وهذا يحل الحرام ويحرم الحلال؛ لأنه [إن كان المدعي كاذبًا فقد استحل من المدعى عليه ماله وهو حرام، وإن كان][(١)] صادقًا فقد حرم عليه ماله الحلال.

ولأنه أحد عوضي الصلح؛ فلم يصح عليه مع عدم ثبوت ملك مالكه عليه؛ قياسًا على العوض المصالح عليه، وهذا ما ذهب إليه العراقيون، وقالوا: لو صرح بعد وقوع هذا الصلح بالإبراء عن الباقي، لم يصح.

وفي «ابن يونس» و«حلية» الشاشي حكاية وجه في صحته، وقد وافق المراوزةُ العراقيين في مسألتين، وخالفوهم في مسألتين:

فإحدى الأُولَيَيْنِ: إذا صالح على غير المدعى.

والثانية: أن يدعي عليه ألفًا في ذمته، ثم يصالحه على خمسمائة في الذمة.

فإن قيل: قد حكمتم فيما لو جرى مثل هذا الصلح مع الاعتراف بالألف: أن الصلح صحيح، ويكون بمعنى الإبراء، وأنه لا يفتقر إلى القبول على رأي؛ فينبغي على هذا الرأي أن تبرأ ذمة المدعى عليه من القدر الذي حصل عنه[(٢)] الإبراء، حتى لو قامت عليه بينة بعد ذلك بالألف لا يطالب إلا بخمسمائة؛ كما [لو][(٣)] صرح بإبرائه من[(٤)] الألف الذي أنكره، وقلنا: لا يفتقر إلى القبول.

فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما - ما قاله الماوردي وغيره-: أن الإبراء في هذه الصورة مقرون بملك ما صالح به، فلما لزمه رده لعدم ملكه بطل إبراؤه؛ لعدم صفته؛ كمن باع عبدًا بيعًا فاسدًا، فأذن لمشتريه في عتقه، فأعتقه المشتري بإذنه - لم ينفذ.

والثاني - يؤخذ مما حكاه الجيلي من قبل-: أنَّ مِنْ شَرْطِ صحة الإبراء عن الخمسمائة في حال الاعتراف - قبضَ الخمسمائة الأخرى، وقد انتفى الشرط هنا؛ فلا جرم انتفت صحة [الإبراء عن الخمسمائة][(٥)].

وإحدى الثانيتين[(٦)]: أن يصالح من العين على بعضها، ففي صحة الصلح على قولنا بالصحة في حال الإقرار وجهان:

أحدهما - وبه قال القفال-: نعم؛ لأن المتعاقدين متوافقان بعد العقد على أن

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ، د: منه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: عن.
(٥) في جـ، د: البراءة.
(٦) في جـ، د: المسألتين.

النصف مستحق المدعي، والنصف الآخر للمدعى عليه؛ لأن المدعي يزعم أنه يملك الجميع، وأنه مَلَّك النصف للمدعى عليه هبةً، والمدعى عليه يزعم مثل ذلك، والاختلاف في جهة ملك العين لا يقدح [في][1] الاستحقاق.

والثاني: لا؛ كما لو كان على غير المدعى، ولأن الدافع والقابض مهما اختلفا في الجهة، كان القول قول الدافع، وإذا كان كذلك فالدافع يقول: إنما بذلت النصف؛ لدفع الأذى حتى لا يرفعني إلى القاضي، ولا يقيم على بينةً.

والثانية: إذا ادعى عليه ألفًا، فصالحه على خمسمائة معينة، [فهى تبنى][2] على المسألة قبلها، فإن منعنا ثَمَّ، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك، ويقدر كأن المدعى عليه وهبه الخمسمائة بزعمه، وأن المدعي يقبضها؛ لأنها[3] من حقه، وأنه أبرأه من الباقي.

والثاني: لا، والفرق: أن ما في الذمة ليس [ذلك][4] المعين، وفي الصلح عليه معنى المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الإنكار، وقد اتفق الناقلون على أن هذا أصح.

واعلم أن صورة الصلح على الإنكار بالاتفاق: أن يدعي عليه دينا مبلغه ألف -مثلًا- أو عينًا، فينكر، ثم يقول: صالحتك[5]، أو: صالحني عن دعواك الكاذبة. ولو قال: صالحني عن الألف أو العين، فالحكم كذلك عند العراقيين، وكذا عند المراوزة؛ على الأصح.

وعلى وجه: يجعل بذلك مقرًا؛ فيكون الصلح الواقع بعده صلحًا على الإقرار.

ولو قال: بعني أو هبني أو زوجني، فهو إقرار عند المراوزة والقاضي أبي الطيب؛ كما لو قال: ملكني، وهو الذي صححه ابن الصباغ وغيره، وقال الشيخ أبو حامد: هو كما لو قال: صالحني.

ولو قال: آجرني أو أعرني، ففيه خلاف مرتب، وأولى بألا يكون إقرارًا، وهو الذي جعله في «الإشراف» في مسألة الإجارة أقيس.

ولو قال: أبرئني من الدين، كان إقرارًا.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ، د: فهو ينبني.
(٣) في أ: لأنه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: صالحني.

ولو قال: أبرئني من المال، فكذلك؛ على الأصح.

وفي «الإشراف»: أن ابن القاص حكى عن بعض أصحابنا: أنه ليس بإقرار؛ لأن الله - تعالى - قال: ﴿فَبَرَّأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا﴾ [الأحزاب: ٦٩]، وموسى لم يكن آدر، وتبرئته عن عيب الأُدْرة، لم تقتض إثبات الأدرة[١].

قال: وإن[٢] **صالح عنه** - أي: عن المدعى عليه - أجنبي: فإن كان المدعى دينًا جاز الصلح، أي: بعد قول[٣] الأجنبي للمدعي[٤]: حقك ثابت؛ لأنه إن كان وكيلًا فالتوكيل في وفاء[٥] الدين جائز، وإن كان غير وكيل فقد قضى دين غيره [بغير إذنه][٦] وذلك جائز؛ لما روي أن عليًّا وأبا قتادة - رضي الله عنهما - قَضَيَا دينًا عن الميت.

وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه لا بد مع[٧] اعتراف الأجنبي بالحق[٨] أن يقول: وقد أقر به عندي.

ثم هل للأجنبي أن يرجع على المدعى عليه بشيء؟ نظر: إن كان المدفوع من مال المدعى عليه بإذنه فلا، وإن كان من مال الأجنبي: فإن كان قد صالح بإذنه وأدى بإذنه مع شرط الرجوع فنعم، وإن صالح وأدى بغير الإذن فلا رجوع، وإن صالح بالإذن وأدى بغير الإذن فلا رجوع له.

جزم به المحاملي والقاضي أبو الطيب، وقاساه على ما إذا وكَّل[٩] وكيلًا في شراء شيء، فاشتراه ووزن الثمر[١٠]، وسنذكر فيه كلامًا في باب الضمان وغيره،

---

(١) قوله: ولو قال: أبرئني من الدين، كان إقرارا، وإن قال: أبرئني من المال، فكذلك على الأصح، وفي «الإشراف»: أن ابن القاص حكى عن بعض أصحابنا: أنه ليس بإقرار؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فَبَرَّأَهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا﴾ [الأحزاب: ٦٩] وموسى ﷺ لم يكن آدر، وتبرئته عن عيب الأُدْرة لم تقتض إثبات الأدرة. انتهى كلامه.

وما ذكره من الجزم في الدين والتردد في المال ذكره - أيضا - في «المطلب»، وهو باطل بلا شك؛ فإنهما على حد سواء إذا أراد بكل منهما الدين المدعى به، فيكون الوجه ثابتا فيهما، إلا أن ابن القاص تكلم على المثالين.

والأدر - بهمزة مفتوحة، بعدها ألف، ثم دال مفتوحة ثم راء مهملتين-: هو الذي انتفخت خصيته، والأدرة - بضم الهمزة، على وزن «الحُمْرة»: هو انتفاخها، قاله الجوهري. [أ و].

(٢) في التنبيه: فإن. (٣) في أ: موت. (٤) في أ: المدعي.
(٥) في د: وفائه. (٦) سقط في أ. (٧) في أ: من.
(٨) زاد في أ: إلا. (٩) في جـ: كان. (١٠) في جـ: الثمن.

ويتجه جريان مثله هنا، وحكى البندنيجي في الرجوع في هذه الصورة وجهين [كالوجهين][(١)] فيما إذا ضمن بالإذن وأدى [بغير الإذن، ولو صالح بالإذن وأدى][(٢)] بالإذن، ولم يشترط الرجوع فالجمهور على أنه يرجع، وبه جزم ابن الصباغ وغيره، وحكى الماوردي فيه وجهين.

ثم لا فرق فيما ذكرناه [بين][(٣)] أن يصالح الأجنبي بغير إذن من مال نفسه على جنس المال المدعى أو على غيره، كما صرح به المحاملي وأبو الطيب.

وحكى الإمام والقاضي الحسين فيما إذا صالح على جنس المدعى به وجهًا: أن الصلح لا يصح، كما في العين.

وقال الإمام: إنه بعيد.

وعلى الأصح: لو صالح على غير الجنس المدعى [به][(٤)] هل يصح؟ فيه وجهان حكاهما هاهنا، وقال: إن الأظهر منهما الصحة، وهو ما قال في أواخر كتاب الرهن: إنه المذهب.

فعلى هذا: إذا كان في صورة ثبت له الرجوع فيها، فإن كان المصالح به أكثر من المدعى [به][(٥)] لم يرجع بالقدر الزائد، وإن كان مثله رجع به، وإن كان دونه فوجهان:

أحدهما: يرجع بقيمة ما بذله.

والثاني: بقدر الدين.

فرع: لو صالح الأجنبي عن الدين لنفسه، قال الإمام وغيره: هو على الخلاف في [بيعه من][(٦)] غير من هو عليه.

وحكى غيرهم فيه طريقين:

أحدهما - وبه صدر ابن الصباغ كلامه، وقال المحاملي: إنه المذهب-: أنه لا يصح؛ لأنه اشترى ما لا يقدر على قبضه.

والثاني: حكاية وجهين فيه، وهذا ما حكاه الشيخ في «المهذب» وأبو الطيب في «تعليقه»، ومقتضاه: أن يكون الأظهر منهما عند الشيخ الصحة؛ كما قال: إن الأظهر صحة بيع الدين من غير من هو عليه.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ.

وقد قال المحاملي: إنه ليس بشيء.

فعلى هذا: ينبغي أن يشترط في صحة العقد اعتراف المشتري بقدرته على الانتزاع، كما سنذكره في العين.

آخر: إذا صالح مع الأجنبي على عين، ثم جحد الأجنبي وحلف - هل يعود إلى من كان الدين عليه؟ قال القاضي الحسين: نعم، ويفسخ الصلح، [وعن حكاية الشيخ أبي عاصم أنه لا يعود،][(١)] كذا حكاه الرافعي في باب الحوالة.

قال: وإن كان[(٢)] **عينًا، لم يجز حتى يقول: هو لك، وقد وكلني في مصالحتك.**

هذه المسألة تنبني على أصل، وهو أن الأجنبي لو صالح بغير إذن، هل يصح؟ فيه خلاف بين الأصحاب:

فالذي ذهب إليه الإصطخري وأبو الطيب بن سلمة: أنه لا يصح.

فعلى هذا: لو أذن له في الصلح، هل يكفي أم لا بد من إقرار المدعى عليه عند الوكيل[(٣)] بأن العين ملك المدَّعِي[(٤)]؟ فيه وجهان.

أصحهما في «الحاوي»: الأول[(٥)].

[والذي ذهب][(٦)] إليه ابن سريج، وأبو علي الطبري، وأبو حامد فيما إذا صالح بغير الإذن: الصحة.

عدنا إلى مسألة الكتاب، فإن قلنا بقول أبي سعيد الإصطخري، وبأنه لا يحتاج مع الإذن إلى الإقرار - فيكفي الوكيل أن يقول: هو لك وقد وكلني في مصالحتك، كما قاله الشيخ.

وبه جزم القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، ووجهه بأن العبرة باتفاق المتعاقدين على ما يجوز العقد عليه، وقد وجد ذلك[(٧)].

فعلى هذا: لو لم يكن قد وكله في الباطن [لم يملك العين في الباطن][(٨)]، وكانت ملكًا للأجنبي المصالح على أحد الوجهين. وإن كان قد وكله نظر: إن عين له العوض من ماله فذاك، وإن لم يعين فهو في ذمته.

---

(١) سقط في ج.
(٢) زاد في التنبيه: المدعى.
(٣) في ج: للمدعى عليه.
(٤) في أ: الموكل.
(٥) في أ: للأول.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ج، د: هذا.
(٨) سقط في أ.

فلو أداه الوكيل من مال نفسه فالحكم في الرجوع كما ذكرنا من قبل، لكن البندنيجي جزم في هذه الصورة فيما [إذا][١] أدى بغير الإذن: بأنه لا يرجع.

وإن قال له: صالح [على ذلك][٢] بثوبك هذا، ففعل: فهل يصح؟ فيه وجهان، [وإذا صح [فهو][٣] قرض للثوب أو هبة؟ فيه وجهان][٤] حكينا نظيرهما من قبل.

وفي «الشامل» وغيره حكاية عن أبي إسحاق: أن الوكالة لا تجوز في الباطن مع الإنكار في الظاهر. وقد يفهم من هذا عدم صحة الوكالة والصلح، كما فهمه ابن يونس، وصرح بحكايته، وأشار إليه الشاشي، وصاحب «المرشد».

ويقال: ينبغي على هذا الرأي أن يكون الحكم كما لو لم يكن قد وكله.

وقد يفهم[٥]: أن المراد بعدم الجواز عدم الحِلِّ [لا عدم الصحة][٦]، كما صرح به المتولي، ويعضده: أن الناقلين لهذا القول عنه جزموا بصحة ملك المنكر للعين المدعاة في الباطن إذا كان قد وكله، ولو[٧] كان المراد عدم الصحة لكان الحكم كما لو لم يكن قد وكله.

وأيضًا: فإنه كان يجيء وجه أنه لا يصح مصالحة [الأجنبي أصلًا][٨]؛ لأنه لا بد أن يقول: وكلني، ونحن لا نصحح الوكالة، فيصير كأنه لم يقل ذلك، والطرق متفقة على صحة صلح الأجنبي، والله أعلم.

وإن قلنا: إنه لا بد مع الوكالة من إقرار الموكل عند الوكيل فلا بد أن يقول الوكيل: العين لك، وقد أقر بها المدعى عليه، ووكلني في مصالحتك. وهذا ما ادعى ابن يونس أن كلام الشيخ محمول عليه، وهو الذي أورده ابن الصباغ والمحاملي[٩].

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: فهم.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: وإذا.
(٨) في أ: الصبي أيضًا.
(٩) قوله: ولو أذن المدعى عليه المنكر لأجنبي في مصالحة المدعي، فهل يكفي ذلك في صحة الصلح، أم لا بد من إقراره عند الوكيل بأن العين ملك للمدعي؟ فيه وجهان.
أصحهما في «الحاوي»: أنه يكفي.
ثم قال: فعلى هذا يكفي الوكيل أن يقول: هو لك، وقد وكلني في مصالحتك.
وبه جزم القاضي أبو الطيب في «تعليقه».
وإن قلنا: لا بد من إقراره فلا بد أن يقول الوكيل: العين لك، وقد أقر بها المدعى عليه، ووكلني في =

وإن قلنا بقول ابن سريج لم يحتج الأجنبي إلى أن يقول سوى: هو لك، ويملك المنكر العين في الباطن، وهذا ليس بصحيح عند مجموع النقلة.

وقد تنخَّل من مجموع ما ذكرناه في الذي ينطق[(١)] به الأجنبي حتى يصح صلحه للمدعى عليه ثلاثة أوجه، ولا خلاف أنه لو قال الأجنبي: لم يقر عندي ولا وكلني، وأنا الآن أصالحك له أنه لا يصح [كما حكاه الإمام][(٢)].

قلت: وكأن القائل بالوجه الأخير اكتفى بعدم التصريح بالثاني، وحمل الأمر عند السكوت على أن الوكالة جرت في الباطن، ثم على القول الأول والثاني يشترط ألا يصدر من المدعى عليه بعد اعتراف الأجنبي وقبل الصلح إنكار، فلو ادعى[(٣)] الإنكار كان عزلًا؛ فتنقطع الوكالة، صرح به الإمام، وهو منه بناء على أن إنكار الموكل الوكالة عزل، كما ستعرفه، إن شاء الله تعالى.

قال: وإن قال - أي: الأجنبي-: هو لك فصالحني[(٤)] **عنه على أن يكون لي**، أي: فإني قادر على أخذه - جاز، كبيع المغصوب ممن يقدر على انتزاعه، وحكى الإمام عن شيخه أنه كان يطلق القول[(٥)] بأنه لا يجوز، فإن ظاهر الشرع قاضٍ بثبوت الملك للمدعى عليه، وانتزاع[(٦)] ملكه المحكوم به[(٧)] من غير إذنه لا يصح، ثم قال: والوجه

= مصالحتك. وهذا ما ادعى ابن يونس أن كلام الشيخ محمول عليه، وهو الذي أورده ابن الصباغ والمحاملي. انتهى ملخصا.

فأما ما ذكره أولا على القول بأنه يكفي من أنه لا بد أيضا من اعتراف الوكيل بأنه للمدعي، وأن القاضي أبا الطيب قائل به - فإن القاضي وإن جزم بذلك إلا أنه لم يفرعه على القول بالاكتفاء بالمصالحة، فقال: فإن صالحه للمدعى عليه جاز الصلح إذا أقر للمدعي بالعين، وقال: إنه وكلني في مصالحتك. هذا لفظ «التعليقة»، فيجوز أن يكون ذلك تفريعا على اشتراط الإقرار.

وأما ما ذكره على القول باشتراط الإقرار من أن الوكيل لا بد مع ذلك من اعترافه بأن العين للمدعي فمعلوم: أن الوكلاء لا يشترط فيهم ذلك. وما ذكره عن «الشامل» من اشتراطه غلط؛ فإنه قال ما نصه: فإنه يقول للمدعي: إن المدعى عليه معترف لك في الباطن، وقد وكلني أن أصالح عنه. هذه عبارته، ولم يشترط معه شيئا آخر، وكذا ذكر ابن يونس، فقال نقلا عن الشيخ: قال: وإن كان المدعى عينا لم يجز حتى يقول: هو لك - أي: هو مقر لك في الباطن - وقد وكلني في مصالحتك، فعند ذلك يصح. انتهى كلامه. فهذا هو الذي حمل عليه كلام الشيخ، وليس فيه اشتراط اعتراف الوكيل مع الأمرين الأخيرين. [أ و].

(١) في أ، جـ: يتعلق.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ، د: أعاد.
(٤) في أ، والتنبيه: وصالحني.
(٥) زاد في جـ: به.
(٦) في جـ، د: وابتياع.
(٧) في أ: المحكوم عليه، وفي د: للمحكوم عليه.

أن يقال: إن كان الأجنبي كاذبًا فالعقد باطل باطنًا، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه[١] الخلافُ المذكور. وإن كان صادقًا حكم بصحة العقد باطنًا، ويجب القطع بالمطالبة، لكنه لا سبيل إلى الانتزاع ظاهرًا.

قلت: قطعه بالمطالبة ظاهر على القول بإجبار المشتري على تسليم الثمن قبل قبض المبيع، أما إذا قلنا: لا يجبر، ففيه نظر.

واعلم أن صحة هذا الصلح مبنية على القول بعدم اشتراط تقدم المخاصمة، أما إذا قلنا: من شرط صحة العقد بلفظ الصلح تقدم المخاصمة، فهاهنا وجهان؛ من حيث إن المخاصمة صدرت في الجملة لكن من غير المصالح.

قال: **فإن سَلِمَ له[٢] انبرم**، أي: لزم وتم؛ كسائر البيوع إذا اتصل بها القبض، **[وإن لم يسلم]**[٣]، أي: لعجزه عن أخذه، **رجع فيما دفع**، أي: [إن اختار][٤] فسخ العقد؛ لأن المبيع لم[٥] يَسْلَم له فسلط على الفسخ، وأخذ ما بذله؛ كما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض.

تنبيه: سين «سلم» مفتوحة ولامه مكسورة، وياء «يسلم» مفتوحة وسينها ساكنة.

قال: **ويجوز أن يُشْرِع الرجل جناحًا إلى طريق نافذ إذا كان عاليًا[٦] لا يستضر به المارة**؛ لأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك من غير إضرار؛ فأشبه المشي[٧] في الطريق والقعود في السوق، وبالقياس على جواز إشراع الميزاب؛ فإنه صح أنه - عليه السلام - نصب ميزابًا لعمه العباس بيده[٨]، وأن عمر قلعه حين نقط عليه، فلما قال له العباس: إن رسول الله ﷺ هو الذي وضعه جعل عمر ظهره [سُلَّمًا][٩] للعباس حتى أعاده موضعه. ولاتفاق أهل الأمصار على ذلك من غير إنكار، ولا خلاف أن ذلك لا يصير ملكًا [له][١٠] حتى لو انهدم كان لمن يقابله أن يخرج جناحًا يمنعه من إعادته، ويجوز للمقابل له مع بقاء الجناح الأول أن يخرج جناحًا فوقه بحيث لا يُضِر بمن يمشي على الجناح

---

(١) في د: لإلزامه.　(٢) في أ: عليه.　(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.　(٥) في د: لا.　(٦) في جـ: غالبًا.
(٧) في أ: المُضِيِّ.
(٨) أخرجه أحمد بن حنبل في فضائل الصحابة (٢/ ٩٤٢)، والبيهقي (٦/ ٦٦) كتاب الصلح، باب: نصب الميزاب وإشراع الجناح.
(٩) سقط في أ.　(١٠) سقط في أ، جـ.

الأول، وأن يشرع جناحًا تحت الأول بحيث لا يضر بالمارة.

ثم المرجع فيما يضر وما لا يضر إلى حال الطريق:

فإن كانت القوافل والفوارس لا تمر فيه، فالمعتبر: أن يرفع(١) الجناح بحيث يمر الماشي تحته منتصبًا وعلى رأسه الحُمُولة العالية، كما قيده الماوردي.

وإن كانت القوافل والفوارس تمر فيه، فالمعتبر فيه: أن يرفعه بحيث يمر تحته العَمَّاريَّة والراكب منتصبًا.

وحكي عن أبي عبيد بن حربويه من أصحابنا وعن ابن سريج - كما حكاه الماوردي - أن المعتبر: أن يمر الراكب ورمحه منصوب؛ لأنه ربما ازدحم الفرسان فيحتاجون إلى نصب الرماح، [ومتى لم ينصبوها تأذى الناس بالرماح](٢)، وقد اتفق الناقلون على عدم صحته، وفي إيراد بعضهم ما يوهم حكاية هذا في كل طريق من [غير](٣) فصل.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يظلم الجناح [الطريق](٤) أو لا، كما صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما.

وقال المتولي: إن منع الضوء بالكلية منع منه، وإن لم يمنعه بالكلية فلا.

قال: ولا يجوز أن يشرع إلى درب غير نافذ إلا بإذن أهل الدرب؛ لأنه مملوك لهم، وقد قال - عليه السلام-: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»(٥)، وهذا ما جزم به الماوردي و[اختاره](٦) القاضيان [أبو الطيب](٧) وأبو حامد.

قال: وقيل: يجوز، أي: إذا كان له فيه باب؛ [لأن له(٨) فيه] حق السلوك [والدخول](٩)؛ فجاز أن يشرع إليه كالشارع. وهذا ما جزم به الشيخ أبو حامد ومن تابعه، ورجحه في «الاستقصاء»، وهو الذي حكاه الغزالي عن العراقيين، وضعفه.

أما إذا لم يكن له فيه باب: بأن كان ظهر داره إليه، فلا يجوز إلا بإذن أهل الدرب وجهًا واحدًا، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره، وإليه يرشد قول الشيخ:

---

(١) في أ: يخرج.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في د.
(٥) تقدم.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ، جـ: لأن فيه.
(٩) سقط في أ.

ولا يجوز أن يشرع إلى ملك غيره، ويجوز أن يشرع بإذنهم وإن كان يضر بالمارة وجهًا واحدًا، اللهم إلا أن يكون فيه مسجد؛ فإن لكافة المسلمين الاستطراق إليه؛ فيكون كالشارع. أشار إلى ذلك الرافعي.

وقد حكى المراوزة طريقًا آخر، فقالوا: للذين دورهم أسفل من الدار التي يشرع[(١)] فيها الجناح المنع بلا خلاف وإن لم يضر، وهل للذين دورهم أعلى من الدار المنع؟ فيه وجهان. وهذا ينبنى على أن استحقاق[(٢)] الاستطراق في السِّكَّة [الجميع من فيها، أم شركة كل واحد مختصة [بما بين رأس السكة][(٣)] وباب داره ولا تتخطَّى[(٤)] عنه؟ وفيه وجهان، أظهرهما - وهو][(٥)] الذي أورده ابن كج-: الثاني؛ لأن ذلك [القدر][(٦)] هو محل تردده ومورده، وما عداه فحكمه فيه حكم غير أهل السكة.

واعلم أنه كما يجوز له أن يشرع الجناح إلى الشارع يجوز لمن له فيه داران متقابلتان أن يركب عليهما ساباطًا، ويجوز له أن يحفر فيه سردابًا ويبني عليه أَزَجًا يمر عليه المارة ويُحْكِمه، صرح به العراقيون وغيرهم.

قال في «بحر المذهب»: وبمثل هذا أجاب الأصحاب. يعني في السرداب فيما إذا لم يكن الطريق نافذًا، وغلط من قال بخلافه[(٧)].

---

(١) في جـ: يسرع.
(٢) في جـ: الاستحقاق.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: تنحط.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ.
(٧) قوله: واعلم أنه كما يجوز له أن يشرع الجناح إلى الشارع يجوز لمن له فيه داران متقابلتان أن يركب عليهما ساباطًا، ويجوز له أن يحفر فيه سردابا ويبني عليه أزجا يمر عليه المارة، ويحكمه، صرح به العراقيون وغيرهم.
قال في «بحر المذهب»: وبمثل هذا أجاب الأصحاب - يعني في السرداب - فيما إذا لم يكن الطريق نافذا، وغلط من قال بخلافه. انتهى كلامه.
وما نقله - رحمه الله - عن «البحر» قد غلط فيه عليه؛ فإن المذكور في «البحر» إنما هو ترجيح المنع؛ فإنه ذكر حكم الشارع في إخراج الجناح والساباط والسرداب، ثم قال: فرع: لو كان زُقاقا غير نافذ اختلف أصحابنا فيه: فقال بعضهم - وهو اختيار أبي حامد-: الحكم فيه كالحكم في الطريق النافذ؛ بدليل أنه يجوز لكل أحد دخول هذا الزقاق. وقال هذا القائل: والشافعي لم ينص على هذه المسألة في «الأم». ثم قال ما نصه: وقال بعض أصحابنا - وهو اختيار القاضي الطبري، رحمه الله-: ليس له ذلك؛ لأن ذلك مملوك لهم، ولا يجوز لأحد منهم الانفراد بهوائه، وهذا أقيس عندي. هذا كلام «البحر» بحروفه، ولم يذكر فيه غير ذلك، ولم ينص في غير النافذ على السرداب بخصوصه، =

قال الرافعي: وهذا اختيار منه؛ لكونه في معنى الشوارع، والظاهر بخلافه. يعني: أنه لا يجوز إلا بإذن أهل الدرب، وهذا ما ذكره العبادي في «الزيادات»، ثم قال: وهل يشترط مع إذن أهل الدرب إذن المستأجر؟ ينظر: إن تضرر به فلا بد من إذنه، [وإلا فلا][(١)] يشترط، قاله أبو الفضل التميمي.

فرع: لو أذن صاحب الدار لإنسان في حفر سرداب[(٢)] «تحت داره، ثم باعها - قال العبادي: كان للمشتري أن يرجع كما [كان][(٣)] للبائع».

فائدة: حكى الإمام فيما يصير به الموضع شارعًا [طريقين:

أحدهما: أن يجعل إنسان ملكه شارعًا][(٤)] وسبيلًا مسبَّلًا.

والثاني: أن يحيي جماعة خِطَّة [قرية][(٥)] ويتركوا مسلكًا نافذًا بين الدور والمساكن، ويفتحوا الأبواب إليه.

ثم حكى عن شيخه طريقًا ثالثًا، وهو أن يصير موضع من الموات جادَّة يطرقها الرفاق؛ فلا يجوز تغييره، وأنه كان يتردد في بُنَيَّاتِ الطرق التي يعرفها الخواص ويسلكونها، وكل موات يجوز استطراقه، ولكن لا يمنع من إحيائه وصرف الممر إليه[(٦)]، فليس له حكم الشوارع.

تنبيه: [قوله][(٧)]: يشرع جناحًا، هو بضم الياء، أي: يخرجه، والجناح: الخارج من الخشب، مأخوذ من: جنح، [يجنح][(٨)] - بفتح النون وضمها - جنوحًا: [إذا مال][(٩)]، واجتنح يجتنح، وأَجْنَحَهُ.

الدربُ: معروف، وهو [غير][(١٠)] عربي.

لكنه يؤخذ مما سبق في الشارع.

وذكر الروياني في «الحلية» أيضا مثله، فقال - بعد ذكر الجناح والساباط في الشارع-: وكذلك لو حفر سردابا من داره إلى دار أخرى له بحذائها في طريق شارع، وأحكم ذلك بالأزج - يجوز؛ لأنه لا فرق بين أن يرتفق بما تحتها، أو بما فوقها إذا لم يضر بالمارين، ولو أراد ذلك في طريق سكة غير نافذ فلا يجوز إلا بإذن أهل السكة في ظاهر المذهب، وهو اختيار القاضي الطبري وجماعة. هذا لفظ «الحلية» - أيضا - والموقع للمصنف في هذا الغلط هو الرافعي؛ فإنه نقله عن الروياني. [أ و].

(١) في د: ولا.
(٢) في د: بئر دار.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: عنه.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.

وقال الجواليقي: معرب، وأصله: المضيق في الجبال.

قال: ولا يجوز أن يشرع إلى ملك غيره، أي: بغير إذنه؛ للحديث السابق، ولقوله - عليه السلام-: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»[١]، ولأنه لا يملك الانتفاع بالسُّفْل؛ فلا يملك الانتفاع بما هو تابع له وهو الهواء.

قال: فإن[٢] **صالحه مالكه عن ذلك بعوض لم يجز**؛ لأنه إفراد لما هو تابع لغيره بالعقد، وهو الهواء وذلك لا يجوز.

قال: وإن أراد أن يضع الجذوع[٣] **على حائط جاره، أو حائط مشترك بينهما لم يجز**، أي: من غير إذنه في أصح القولين؛ لقوله ﷺ: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا بِطِيبِ[٤] نَفْسٍ منهُ»[٥]، وبالقياس على التصرف في سائر أمواله.

والقول الثاني - وهو القديم-: أنه يجوز [من غير إذنه، وليس له منعه][٦]؛ لما روى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَمْنَعْ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ[٧] فِي جِدَارِهِ»[٨]، ثم قال أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين! والله لأرمين بها بين أكتافكم. وأراد: لأرمين بهذه السنة، وألزمكم العمل بها، [وقيل: لأكلفنكم ذلك، ولأضعن جذوع الجار على أكتافكم، وقصد به المبالغة][٩]، كذا قاله القاضي الحسين في «تعليقه» والإمام. وإن ذلك كان منه حين ولي مكة أو المدينة.

ثم على هذا يشترط في الجواز شروط:

أحدها: ألا يكون مالك الجدار محتاجًا لوضع جذوعه عليه.

والثاني: أن تكون الجذوع خفيفة لا تضر بالجدار.

والثالث: ألا يتمكن الجار [من أن][١٠] يسقف مكانه[١١] إلا بالوضع عليه؛ كما إذا كان له جدار واحد وأرض، ولجاره باقي الجدر[١٢] كما حكاه البندنيجي وغيره.

---

(١) تقدم
(٢) في التنبيه: وإن.
(٣) في التنبيه: جذوعًا.
(٤) عن طيب.
(٥) تقدم قريبًا.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ج: خشبته.
(٨) أخرجه البخاري (٥/ ١٣١) كتاب المظالم، باب: لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبة في جداره، حديث (٢٤٦٣)، ومسلم (٣/ ١٢٣٠) كتاب المساقاة، باب: غرز الخشب في جدار الجار، حديث (١٣٦/ ١٦٠٩).
(٩) سقط في ج.
(١٠) في د: أن لا.
(١١) في ج، د: عليه مكانًا.
(١٢) في أ: الجدار.

وفي «النهاية» عكس هذا، وقال: يشترط أن تكون الجوانب الثلاث من البيت لصاحب البيت، وهو محتاج إلى جانب رابع، فأما إذا كان [الكل][(١)] للغير، فلا يضع الجذوع قولًا واحدًا. ثم قال: ومن أصحابنا من لم يشترط هذا الشرط الأخير.

واعتبر المحاملي والمتولي في «التتمة» مثل ما اعتبر الإمام، وحكى المتولي الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانبًا واحدًا أو جانبين، والجديد هو القول الأول، والقائلون به حملوا حديث[(٢)] أبي هريرة على الاستحباب، ومنهم من حمله على أن الجار ليس له منع صاحب الحائط من وضع أجذاعه في حائطه، وإن كان الجار يتضرر بذلك في منع ضوئه أو الإشراف عليه. قال في «الاستقصاء»: وهو الحقيقة في اللغة؛ لأن الكناية ترجع إلى أقرب مذكور، ولا نزاع في أنه لو أراد أن يبني على رأس الحائط خصًّا خفيفًا، لم يجز، كما صرح به القاضي أبو الطيب، وكلام ابن الصباغ مشير إليه.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ هنا، مع قوله من بعد: ولا يجوز أن يفتح كوة... إلى آخره، يفهم أن محل القول القديم في وضع الجذوع فيما إذا لم يحتج إلى فتح شيء في الحائط ليدخل فيه الجذوع، وليس كذلك، بل هو جار في هذه الصورة أيضًا كما صرح به الماوردي وابن الصباغ وغيرهما، وفرقوا بينه وبين فتح الكوة - كما سنذكره - بأن رأس الجذع يسد ما يفتح لأجله ويقوى به الحائط، بخلاف الكوة.

قال: **فإن صالحه عن[(٣)] ذلك بشيء جاز إذا كان ذلك معلومًا**؛ لأنه بذل مال في مقابلة ما يقصد بالأعواض؛ فصح، كما في بيع الأعيان والمنافع، وهذا من الشيخ تفريع على الجديد، والإشارة بذلك إلى الجذوع وهي الأخشاب؛ لأنها التي يستوفى بها[(٤)] المعقود عليه؛ فاشترط معرفتها؛ كالصبي في الرضاع.

ثم المعرفة تارة تحصل بالمشاهدة، وتارة تحصل بالوصف، مثل: أن يذكر عددها، وطولها، وسمكها، ووزنها - على ما حكاه القاضي أبو الطيب - وموضعها من الحائط، وقدر دخولها فيه، كما قاله الماوردي.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ، د: قول.
(٣) في جـ، د: على.
(٤) زاد في جـ، د: المنافع.

ثم هذا الصلح، هل هو بيع لموضع رأس الجذوع من الحائط أو لا؟ ينظر فيه.
فإن قدر الانتفاع بمدة، فلا نزاع في أنه إجارة.
وإن لم يقدر، فوجهان:
أحدهما: أنه بيع لموضع[١] الجذوع، حتى لو انهدم الجدار ثم أعيد، عاد حقه وجهًا واحدًا، وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد، والماوردي عن أبي حامد المرْوَرُّوذِي.
والثاني: لا، وإن صرح[٢] بلفظ البيع، وهو ما صححه الرافعي، لكن ما حكمه؟ فيه ثلاثة أوجه:
أحدها: أنه إجارة لا غاية لها، وإنما لم يشترط تقدير المدة؛ لأن العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة، فإذا اقتضت الحاجة التأبيد أبد على خلاف سائر الإجارات[٣]، وألحق بالنكاح، وهذا ما اختاره ابن الصباغ، ورد على من قال بأنه بيع بأن عقد البيع تملك به الأعيان، وهاهنا لم يملك بهذا العقد شيئًا من الأعيان؛ بدليل أن الحائط لو انهدم كانت الآلات كلها لمالك الحائط دون صاحب الجذوع، ولو كان قد ملك لكانت الآلة له، ولم يقل بهذا أحد.
وأيضًا: فإن موضع الجذوع لو ملك خاصة لوقع هذا القائل فيما فر منه؛ فإن موضع الوضع يحمله بقية الحائط الذي لغيره، وتلك منفعة استحقاقها[٤] لا إلى غاية.
والثاني: أنه إجارة يعتبر فيها تقدير المدة، ولا يصح بدونها، وهذا ما حكاه الماوردي، وصححه مع حكاية الوجه الصائر إلى أنه بيع.
والثالث - وهو ما ادعى الرافعي أنه أظهر-: أن ذلك ليس بإجارة محضة، ولكن فيه شائبة الإجارة: [وهو أن][٥] المستحق به منفعته، وشائبة البيع[٦]، وهو أن الاستحقاق [فيه على التأبيد؛ فكأن الشرع نظر إلى أن الحاجة تمس إلى ثبوت الاستحقاق][٧] المؤبد في مرافق الأملاك وحقوقها - مساسها إلى ثبوت الاستحقاق المؤبد في الأعيان.

---

(١) في أ، د: لوضع.
(٢) في أ: خرج.
(٣) في جـ: الأحاديث.
(٤) في جـ، د: استحقها.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: للعين.
(٧) سقط في أ.

وعلى قولنا: إنه إجارة، لا يفتقر إلى بيان المدة؛ فلو عقد [هذا العقد][(١)] بلفظ الإجارة، هل يصح من غير بيان المدة؟ فيه وجهان.

أما إذا قلنا بالقول القديم، فلا تجوز له المصالحة على عوض.

قال الشيخ في «المهذب» وغيره من العراقيين [والمراوزة][(٢)]: لأن من وجب عليه حق لم يجز أن يعتاض عنه.

قلت: قد[(٣)] حكى الغزالي في باب الإجارة فيما إذا أسلمت امرأة، وليس ثم من يحسن الفاتحة إلا واحد، فجعل صداقها تعليمها الفاتحة - جاز على الأصح من الوجهين، مع أن ذلك واجب عليه؛ فيتجه أن يجيء مثل ذلك هاهنا[(٤)].

ويجوز للجار[(٥)] على هذا إذا انهدم الحائط[(٦)]، وأعيد بغير النقض [أن يعيد[(٧)] جذوعه وغيرها بالشرط المذكور، وله أيضًا إذا امتنع صاحب الحائط من إعادته][(٨)] أن يعيده، ويجوز لمالك الحائط أن يصالحه عن حقه في الموضع على عوض؛ ليسقط حقه من الوضع؛ قال في «المهذب» وغيره: لأن ما جاز بيعه جاز شراؤه؛ كسائر الأموال.

قال في «البحر»: وعندي لا يجوز أخذ العوض [بحال؛ لأنه أبيح له ذلك للحاجة؛ فلا يجوز له أخذ العوض][(٩)]، كما لا يجوز له أخذه عن فضل الماء الذي أبيح له للحاجة.

فرع: إذا اشترى عُلْوَ بيتٍ دون سُفْله [صح][(١٠)] وله أن ينتفع به للسكن ونحوه، وهل له أن يبني؟ ينظر: فإن شرط ذلك في البيع، وبين طول البناء

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ. (٣) في أ، جـ: وقد.

(٤) قوله: أما إذا قلنا بالقول القديم - أي: في وضع الجذوع على جدار الجار - فلا تجوز له المصالحة على عوض؛ لأن من وجب عليه حق لم يجز أن يعتاض عنه.
قلت: قد حكى الغزالي في كتاب الإجارة فيما إذا أسلمت امرأة، وليس هناك من يحسن الفاتحة إلا واحد، فجعل صداقها تعليمها الفاتحة - جاز على الأصح من الوجهين، مع أن ذلك واجب عليه؛ فيتجه أن يجيء مثل ذلك هنا. انتهى كلامه.
والجواب عما قاله قد ذكره الإمام في كتاب الصداق، وهو أن الوجوب إذا لاقى الشخص يجب عليه بذل الأجرة لغيره، وإن تعين الغير طريقا، والوجوب هنا لم يلاقِ صاحب الجذوع، بل لاقى الجار أولًا؛ فلا يأخذ عنه عوضا. [أ و].

(٥) في أ: إيجار. (٦) في أ، د: الجدار. (٧) في جـ، د: يعقد.

(٨) سقط في د. (٩) سقط في أ. (١٠) سقط في أ.

وعرضه وارتفاعه، وموضعه من السطح، وآلته وكيفية البناء من التجويف وغيره، وكيفية السقف هل هو أَزَجٌ أو غيره - صح، واشترط بعض أصحابنا بيان قدر ذلك، قال مُجَلِّي: وهو بعيد.

ويقوم مقام وصف الآلة تعيينها، فلو شرط أن يبني عليه ما شاء فهو باطل، وإن شرط البناء وأطلق ففي صحة الشرط وجهان:

أحدهما: أنه يصح، ويبني [على](١) ما احتمله؛ لأنه قد يتقدر عند أهل الخبرة بالمعتاد المألوف.

والأصح: البطلان.

فإن تبايعا بشرط ألا يبني صح، ولا يسوغ له البناء.

وإن تبايعا ولم يتعرضا لشرط البناء صح، وهل له أن يبني؟ فيه وجهان مذكوران في «الحاوي».

ولو اشترى منه حق البناء على السطح صح بإجماع الأصحاب، خلافًا للمزني، وماذا يملكه بذلك الحكم؟ فيه كما في مسألة الجذوع.

تنبيه:(٢) واحد «الجذوع»: جذع، ويجمع في القلة على: أجذاع. والجار: المجاور؛ يقال: جاورته، مجاورة وجوارًا - بكسر الجيم وضمها - وتجاوروا واجتوروا.

قال: وإن صالح رجلًا على أن يجري على أرضه أو سطحه ماء، أي: بعوض، وكان ذلك معلومًا - جاز؛ لما ذكرناه. [و](٣) لكن هذا الصلح: هل هو بيع للموضع المعين من الأرض ولمنافع السطح على الأبد أو إجارة؟ قال الأصحاب: ينظر فيه:

فإن قيد بمدة فإجارة بلا شك. وكذا إذا وقع على إجراء ماء في ساقية في أرض المصالح؛ فيشترط في صحة ذلك أن تكون المدة معلومة، والمجراة في مسألة الأرض محفورة، وقد عرفا طولها وعرضها وعمقها، وفي مسألة السطح تعين المدة أيضًا، وأن يعرفا طول السطح الذي يجري عليه الماء وعرضه وقوته وضعفه؛ لأنه قد يحمل قليل الماء دون كثيره، وأن يعرفا قدر السطح المجاور له

---

(١) سقط في د.	(٢) في جـ: فائدة.	(٣) سقط في د.

الذي يجري منه[١] الماء إليه؛ فإن المسألة مفروضة - كما بينه الأئمة - فيما إذا صالحه؛ ليجري ماء المطر الذي يجتمع على سطحه من على السطح المصالح عليه، وقدر الماء لا يمكن ضبطه؛ فإنه يزيد بكبر الموضع الذي يقع فيه، ويقل بصغره، ويعتبر مع ذلك بيان الموضع الذي ينزل منه الماء من أحد السطحين إلى الآخر.

وإن أطلق العقد[٢] ولم يقيد بمدة، وكان اللفظ: صالحتك على مسيل ماء في أرضك، أو على إجراء ماء سطحي على سطحك - فظاهر كلام المحاملي وغيره يقتضي أنه بيع في السطح؛ كما صرحوا بأنه بيع في الأرض، حتى قالوا فيها: لا يشترط فيها مع بيان الطول والعرض بيان العمق؛ لأن من ملك أرضًا ملك الانتفاع بها إلى القرار.

وحكى الرافعي وجهًا في اشتراطه؛ بناء على أنه لا يملك به إلا حق الإجراء، وحكاه في «التهذيب» أيضًا.

وما قلنا: إنه ظاهر كلام المحاملي، هو مقتضى قول أَبَوَيْ[٣] حامد في مسألة الجذوع، [وقد جزم ابن الصباغ في [مسألة السطح][٤] بأنه إجارة غير[٥] محتاجة [إلى بيان مدة، بخلاف سائر الإجارات؛ كما صار إليه في مسألة الجذوع][٦]، ووافقه المتولي، وفرق بين هذا وبين سائر الإجارات: بأن هذا العقد لا يتضمن تفويت منافع السطح عليه؛ لأنه يرتفق به بعد هذه المصالحة مثل ما كان يرتفق به قبلها، بخلاف سائر الإجارات؛ فإنها تمنع المالك من الانتفاع بملكه؛ فكان عقدها مؤبدًا تفويتًا للملك في التحقيق، وقد تحتمل الجهالة في العقد إذا كان لا يتضمن ضررًا، ولا تحتمل[٧] إذا تضمنه، ودليله صحة ضمان الدرك، وعدم جواز [أخذ][٨] الرهن به.

وفي «الحاوي» حكاية وجه في مسألة الأرض: أنه إجارة، كالوجه الذي حكينا أنه صححه في مسألة الجذوع؛ فيكون على هذا العقد باطلًا؛ لعدم ذكر المدة، وقد صرح بذلك.

---

(١) في أ: فيه.
(٢) في جـ: القيد.
(٣) في أ، د: أبي.
(٤) في أ: المسألة.
(٥) في أ: عين.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: ولا يتحمل.
(٨) سقط في أ.

وقد يقال: إنه يجري في مسألة [السطح من طريق الأَوْلى، وقد يفرق بينهما بما أبداه المتولي، وهو][١] الظاهر.

ولو أتى بدل لفظ الصلح بلفظ البيع، وقال: بعتك حق مسيل الماء - كما صوره القفال - فهو كبيع حق البناء، ويجيء في حقيقة العقد ما مر؛ كذا قاله الرافعي.

أما إذا كان الصلح عن ذلك بغير عوض، فهو إعارة.

قال في «التهذيب»: ولا يحتاج في مسألة الأرض إلى بيان؛ لأنه إذا شاء رجع، والأرض تحمل ما يحمل، بخلاف السطح.

ويقرب منه في الحكاية - وإن كان الفقه مباينًا ما قاله الماوردي [فيما إذا قلنا بأن الجار لا يجبر على وضع الجذوع على حائطه، فأذن له في وضعها من غير عوض][٢] - أنه يعتبر في ذلك معرفة عدد الأجذاع[٣] دون العلم بطولها وموضع تركيبها، [قال][٤]: لأن الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها.

واعلم أنا حيث صححنا عقد الصلح على إجراء الماء، فليس للمصالح دخول الأرض التي فيها المجراة بغير إذن مالكها، إلا أن يريد تنقية الساقية وهي المجراة، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرجه منها، وليس له في مسألة السطح [إلقاء الثلوج][٥] على السطح، [ولا أن يترك الثلج على سطحه حتى يذوب فيسيل إليه، ولا أن يجري فيه ما غسل به ثيابه وآنيته، بل لا يجوز أن يصالح على ترك الثلوج][٦] على السطح أو إجراء[٧] الغُسَالات عليه على مال؛ لأن الحاجة لا تدعو إلى مثله، وألحق المتولي بذلك المصالحة على جري ماء الثلج، ووجه المتولي ذلك في مسألة الثلج بأن الثلج يذوب قليلًا قليلًا وماؤه يبقى على السطح، بخلاف ماء المطر.

وتجوز المصالحة على إلقاء[٨] الثلج في داره، وكذا على قضاء الحاجة في حُشِّ الغير على مال، وكذلك عن جمع الزِّبْل والقمامة في ملكه، وهي إجارة

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: الأضلاع.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) في أ، جـ: وإجراء.
(٨) في جـ: إبقاء.

يراعى فيها شرائطها، وكذلك المصالحة على البيتوتة على سطح الجار. ثم لو باع مستحق البيتوتة منزله، فليس للمشتري أن يبيت عليه، بخلاف ما لو باع مستحق إجراء الماء على سطح الغير مدة[(١)] بقاء داره؛ فإن المشتري يستحق الإجراء بقية المدة؛ لأن إجراء الماء من مرافق الدار دون البيتوتة.

فروع:

[الأول]: لو قال: صالحتك عن إجراء ماء المطر على سطح دارك كل سنة بكذا، قال المتولي: يجوز؛ لأنه لما جاز العقد مطلقًا بعوض واحد جاز بعوض مقسط على السنين، وإن كانت جملة الأجرة غير معلومة، ويحتمل هذا القدر من الغرر في الأجرة؛ كما احتملناه في المعقود عليه، ويصير كالخراج المضروب على الأرض.

[الثاني:][(٢)] إذا صالحه عن إجراء الماء على سطحه على مال، فليس للمصالح أن يمنع صاحب السطح من تعلية داره.

نعم، إذا وقع المطر فله[(٣)] أن ينقب الحائط المبني قدر ما يجري فيه الماء إلى ملكه؛ لأن ذلك حاجز يمنعه من استيفاء حقه؛ فصار كما لو استأجر منه دارًا، ثم سد الباب، فله فتحه.

[الثالث:][(٤)] إذا استهدم[(٥)] السطح من إجراء الماء، لم يجب على المستحق عمارته؛ فإن العمارة تتعلق بالأعيان، وليست مستحقة [له][(٦)].

وفي «الجيلي» إشارة إلى حكاية وجه في وجوب العمارة عليه إذا استهدم[(٧)] بسبب الماء.

واعلم أن الشيخ نبه بجواز الصلح على إجراء الماء على الأرض والسطح، [على عدم إجبار صاحب الأرض والسطح على][(٨)] التمكين من ذلك؛ فإنه لو وجب لما جازت المصالحة عليه، كما ذكرناه من قبل.

وقد حكى الرافعي عن البندنيجي وغيره رواية قول عن القديم: أنه يجبر.

---

(١) في جـ: مع.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في أ، جـ: فليس.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) في جـ: اشترم.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: اشترم.
(٨) سقط في أ.

قال: ولا يجوز أن يفتح كوة في حائط جاره، ولا في حائط مشترك [بينهما][(١)] إلا بإذنه؛ للخبر، والمعنى الذي قدمناه في الجذوع، ولو أذن له في ذلك، ثم أراد الشريك أن يسدها لم يكن له إلا بإذن شريكه، ولو صالح الجار جاره على فتح كوة في حائطه لم يجز؛ لأنه صلح على الهواء والضوء.

ويجوز للجار أن يبني حائطًا في ملكه [وإن سدت كوة جاره ومنعت الضوء؛ لأنه متصرف في ملكه][(٢)]، قاله الماوردي.

وحكم دقِّ وَتِد في الحائط، وتتريب الكتاب بترابه حكم فتح الكوة.

ولا خلاف في جواز الاستضاءة بسراج الغير، والاستظلال بجداره، وكذلك[(٣)] في جواز الاستناد إليه بحيث لا يضر به؛ فلو منعه من الاستناد فهل يمنع منه؟ فيه تردد؛ لأنه عناد محض، كذا صور الإمام المسألة، وعليه يحمل ما في «الوسيط».

تنبيه: الكوة - بفتح الكاف [وتشديد الواو-: فتح في الحائط، وغالبُ ما يشق لأجل الضوء[(٤)]، وجمعها: كواء، بكسر الكاف][(٥)] والمد؛ كقَصْعَةٍ وقِصَاع، ويجوز: كِوَى - بالقصر - كبَدْرة وبِدَر.

وحكى الجوهري وغيره لغة غريبة في المفرد: كوة - بضم الكاف - وجمعها: كُوَى؛ كرُكْبة ورُكَب.

قال: وإن حصلت أغصان شجرة في هواء [دار][(٦)] غيره، فطولب بإزالتها - لزمه ذلك؛ لأن الهواء تابع للقرار؛ فكما يلزم تفريغ[(٧)] القرار إذا شغله ملكه؛ فكذلك الهواء التابع له.

قال: فإن امتنع كان لصاحب الدار قطعها، أي: قطع الأغصان من حد داره، ولا شيء عليه إذا كانت إزالتها لا تمكن إلا بالقطع؛ لأنه تعين طريقًا في دفع الضرر، أما إذا[(٨)] أمكنت الإزالة بالثني لرطوبتها فلا يجوز قطعها، وتثنى. ولا يفتقر في القطع إلى إذن الحاكم على الأصح؛ كما لا يفتقر في إخراج بهيمة دخلت داره إلى إذنه، وفيه وجه ضعيف.

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) في د: وكذا.
(٤) في جـ: الضيق.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في التنبيه.
(٧) في جـ: مفرغ.
(٨) زاد في أ: كانت.

فعلى الأول: لو قطعها من غير مطالبة مالكها بالقطع، قال الماوردي: إن كانت يابسة لا تثنى جاز، [ولم يضمن][١]، وإن كانت رطبة ضمن ما نقص من قيمة الشجرة بقطع الغصن منها.

وحيث يجوز القطع، فتولاه صاحب الدار - لم يرجع على مالك الأغصان بأجرة القطع، إلا أن يحكم الحاكم بالتفريغ، قاله في «الإيضاح».

قال: فإن صالحه عنها بعوض لم يجز؛ لأنه إفراد للهواء بالعقد. نعم، لو كانت الأغصان مستندة إلى الجدار، وأراد المصالحة على ذلك نظر: إن كانت يابسة جاز، وكان كمسألة الجذوع، صرح به المتولي. وإن كانت رطبة فوجهان:

أحدهما - وهو قول [أكثر][٢] البصريين-: أنه يجوز، وما ينمو يكون تبعًا.

والثاني - وهو قول ابن أبي هريرة وجمهور البغداديين-: لا؛ لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره، وانتشار عروق الأشجار في الأرض كانتشار الأغصان، وكذلك ميل الجدار إلى الهواء، قاله الإصطخري.

ولو كان ميل الجدار إلى دار صاحبه، وكان الجار[٣] خائفًا من انهدامه على نفسه أو ماله لم يلزمه هدمه؛ لأنه لم يفوت عليه في الحال حقًّا، ولا أتلف عليه ملكًا، وانهدامه في الثاني مضمون، قاله الماوردي.

تنبيه: قوله: في هواء دار غيره، بالمد، وهو ما بين السماء والأرض، وجمعه: أهوية؛ كغطاء وأغطية.

قال أهل اللغة: وكل خال هواء.

وأما هوى النفس؛ فمقصور يكتب بالياء. وجمعه: أهواء.

فرع: إذا غرس الرجل غراسًا في أرضه، وكان يعلم أن الغراس إذا كبر[٤] وطال انتشرت أغصانه إلى دار الجار - لم يكن للجار أن يأخذ بقطعه في الحال. وهكذا لو أراد حفر بئر في أرضه، وكانت نداوة البئر [تصل إلى حائط الجار][٥] لم يكن للجار أن يمنعه من حفرها؛ لأنه متصرف في ملكه؛ كما لا يمنعه من وقود النار في أَتُون حمَّامٍ أنشأها بين الدور وإن تأذوا بالدخان.

قال: وإن كان له دار في درب غير نافذ، وبابها في آخر الدرب، فأراد[٦] أن

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: صاحب الجدار.
(٤) في جـ: كثر.
(٥) في أ: تضربه لو فعل.
(٦) في التنبيه: فإن أراد.

يقدمه إلى وسط[(١)] **الدرب أو**[(٢)] **أوله - جاز؛** لأن في ذلك تركًا لبعض حقه، ولا فرق في ذلك بين أن يسد الأول أو يتركه مفتوحًا، صرح به الماوردي، ولم يحك سواه[(٣)].

وقال الرافعي: محل الاتفاق إذا سد الأول، أما إذا لم يسده فعلى ما سنذكره في المسألة بعدها؛ لأن الباب الثاني إذا انضم إلى الأول أورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب في السكة؛ فيتضررون به.

قال: **وإن كان بابها في أول الدرب، فأراد أن يؤخره إلى وسطه أو**[(٤)] **آخره،** أي: بغير إذن - **لم يجز؛** لأنه يريد أن يجعل لنفسه استطراقًا لم يكن.

وقيل: يجوز.

ومأخذ هذا الخلاف ما أشرنا إليه من قبل، والصحيح ما ذكره الشيخ.

ثم المعتبر إذنه ومنعه [هو][(٥)] من كانت داره فوق الباب الأول بلا خلاف، وهل لمن داره بين الباب الأول ورأس السكة ذلك؟ فيه وجهان؛ بناء على كيفية الشركة كما مر.

وفي «النهاية» طرق أخرى جازمة بأنه لا منع لهم؛ لأن الفاتح لا يتميز عليهم، وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع كفتح باب وسد باب.

فرع: لو كان له داران تنفذ[(٦)] إحداهما إلى [الشارع، وباب الأخرى إلى درب غير نافذ، فأراد فتح باب من إحداهما][(٧)] إلى الأخرى - هل لأهل الدرب المنع؟ فيه وجهان، أظهرهما: لا. ولو كان باب كل دار منهما إلى درب غير نافذ، جرى[(٨)] الخلاف في جواز المنع لكل [واحد][(٩)] من أهل الدربين، ومحل هذا إذا كان الفتح لغرض الاستطراق، أما إذا كان لغرض الاتساع فلا منع.

---

(١) في التنبيه: وسطه. (٢) في التنبيه: إلى.

(٣) قوله: قال - يعني الشيخ-: وإن كان له دار في درب غير نافذ، وبابها في آخر الدرب، فأراد أن يقدمه إلى وسط الدرب أو أوله - جاز؛ لأن في ذلك تركًا لبعض حقه؛ ولا فرق في ذلك بين أن يسد الأول أو يتركه مفتوحا، صرح به الرافعي، وخالف الرافعي فقال: إلى آخره.
وما ذكره من شمول كلام الشيخ للحالين ليس كذلك؛ لأن كلام الشيخ في تقديم الباب لا في إحداث باب آخر. [أ و].
قلت: وقع في نسخ الكفاية الماوردي وعند الإسنوي الرافعي.

(٤) زاد في التنبيه: إلى. (٥) سقط في أ. (٦) في ج: مقدم.

(٧) سقط في د. (٨) في د: فنجري. (٩) سقط في أ، د.

قال: وإن كان ظهر داره إلى درب غير نافذ، فأراد أن يفتح بابًا إلى الدرب للاستطراق - لم يجز؛ لما فيه من إحداث حق لم يكن له في ملك غيره بغير إذنه، وجلب ضرر[١] لم يكن: إما بمرورهم عليه، أو بمروره عليهم؛ فلو أذنوا له في ذلك جاز، وكانت إعارة حتى يجوز لهم الرجوع فيها متى شاءوا، ولا يجب له عليهم أرش بسبب فتح الباب وسده.

قال: وإن فتح لغير الاستطراق، [أي][٢]: بأن قال أركب عليه بابًا وأسمِّره، فقد قيل: يجوز؛ لأنه لو رفع جميع الحائط لم يمنع؛ فكذلك إذا [أراد][٣] رفع بعضه، وهذا ما صححه أبو القاسم الكرخي، قال: وقيل: لا يجوز؛ لأن الباب يشعر بثبوت حق الاستطراق؛ فعساه يستدل به على الاستحقاق. وهذا ما صححه الشاشي في «حليته».

ولا خلاف في جواز فتح الكوة والشباك للضوء.

قال: فإن صالحه أهل الدرب بعوض - جاز؛ لأن الحق فيه لهم؛ فجازت لهم المصالحة عليه، وهل ذلك بيع أو إجارة؟ حكمه حكم إجراء الماء في أرضه.

وهذا إذا لم يكن فيه مسجد، أما إذا كان فيه مسجد فإن للمسلمين فيه حقًّا؛ فلا تجوز المصالحة عليه، ويبقى النظر في أنه هل يجوز من غير إذن؟

فرع: لو اجتمع أهل الدرب على سد بابه، فجواب المعظم: أنهم لا يمنعون.

[وقال أبو الحسن[٤] العبادي: يحتمل أن يقال: يمنعون][٥]؛ لأن أهل الشوارع[٦] يفزعون إليه إذا عرضت زحمة، ولا شك أنه لو امتنع بعضهم لم يكن للباقين[٧] السد، ولو سدوه متفقين لم يكن لبعضهم فتحه، ولو اتفقوا على قسمة صحن السكة [بينهم جاز، ولو أراد أهل رأس السكة قسمة الرأس بينهم - منعوا، ولو أراد أهل الأسفل قسمته فوجهان؛ بناء على أن أهل رأس السكة][٨] هل يشاركونهم في الأسفل؟

---

(١) في جـ، د: ضرورة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: الحسين.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: السؤال.
(٧) في جـ: للباقي.
(٨) سقط في أ.

وهكذا لو لم يكن في الأسفل إلا دار واحدة، [فأراد صاحبها][1] أن يقدم بابها إلى وسط الدرب، ويجعل ذلك دهليزًا، حكاه في «الحلية»، والذي اختاره في «المرشد» في هذه: المنع.

فرع: هل يجوز غرس شجرة ونصب دَكَّة في الشارع؟ فيه وجهان، المذكور منهما في طريقة العراقيين[2]: المنع. ولا فرق بين أن يفعل ذلك بفناء داره أو لا، صرح به في «الوسيط»[3].

ومحل الجواز إذا لم يضر بالمارة.

ويجوز أن يعجن الطين في الطريق؛ إذا لم يمنع المرور فيه، قاله العبادي.

قال: وإن كان بينهما حائط واقع، أو لأحدهما العُلْو وللآخر السُّفْل، فوقع السقف، أي: وهو مشترك بينهما، فدعا أحدهما صاحبه إلى البناء، أي: في الأولى، وإعادة السقف في الثانية، وامتنع الآخر - ففيه قولان:

أصحهما: أنه لا يجبر[4]؛ لقوله ﷺ: «لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[5]، فلم يجبر على إنفاق ماله بغير طيب نفس منه، ولأنه لا يجبر على عمارة ملكه وإن تضرر به الغير؛ كما إذا كان خربه بعذر[6] فيها، ولا على عمارة ملكه في حال الانفراد؛ فوجب ألا يجبر على ذلك في حال الاشتراك؛ كالزرع والغراس إذا أشرف على الجفاف طردًا، ونفقة البهائم عكسًا[7].

والقول الثاني - وهو القديم عند الجمهور [لا غير][8]، والقديم وأحد قولي الجديد عند المزني وابن أبي هريرة على ما رواه الماوردي-: أنه يجبر، وهو الذي صححه ابن الصباغ، واختاره في «المرشد»؛ لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار[9]»[10]، فلما نفى لحوق الإضرار دل على وجوب الإجبار، ولأنه لما استحق[11] الشفعة؛ لزوال الضرر بها، ووجبت القسمة إذا دعا إليها أحد الشريكين؛ لينتفي الإضرار - كان وجوب المنافاة[12] مع ما فيها من تضاعيف الضرر أولى.

---

(١) في د: لصاحبها.
(٢) في د: العراق.
(٣) في أ، جـ: البسيط.
(٤) زاد في التنبيه: عليه.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) في جـ، د: بقذر.
(٧) في جـ: علينا.
(٨) في د: لا يجبر.
(٩) في جـ: إضرار.
(١٠) تقدم.
(١١) في أ: استحقت.
(١٢) في جـ: المباناة.

والقائلون بالأول أجابوا عن الحديث: بأن استعماله في نفي الضرر عن الطالب ليس بأولى [من استعماله في نفي الضرر][١] عن المطلوب.

وعن الشفعة: بأنه لا ضرر على المأخوذ منه؛ لأنه يأخذ ما بذله.

وعن القسمة: بأنها [ليست][٢] غرمًا والعمارة غرم.

ويجري القولان فيما إذا كان العُلْو لأحدهما والسُّفْل للآخر، ووقع الجدار، فدعا صاحب العلو صاحب السفل إلى عمارة السفل، ولا خلاف أن صاحب السفل لا يطالب صاحب العلو بالعمارة.

ويجري أيضًا فيما لو كان بينهما نهر أو بئر فارتدم، أو ساقية فتشعثت، وفيما إذا لم يكن[٣] بين سطحيهما سترة، فطلب أحدهما إيجادها[٤]، كما حكاه الرافعي [وكذا المتولي في باب إحياء الموات؛ لأنه ثم ذكر هذه المسألة [بفروعها][٥] وكثيرًا من مسائل الصلح][٦].

التفريع:

إن قلنا بالقديم نظر في الممتنع:

فإن كان موسرًا، أجبر في الحال، فإن امتنع وله مال أنفق الحاكم منه ما يخصه، فإن كان التداعي في حائط مشترك بينهما نصفين، أو في سقف فهي عليهما كذلك.

وإن كان السفل لواحد والعلو لآخر، كان على صاحب السفل عمارة سفله لا غير.

وإن كان[٧] في بئر أو نهر، قال الماوردي: فكيفية[٨] التقسيط عند الشافعي والجمهور على قدر أملاكهم، إلا أن منهم من قسطها على [قدر][٩] مساحات الأرضين وقدر جريانها؛ لأن الماء الجاري فيها[١٠] يسيح[١١] عليها على قدر مساحتها وجريانها.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في جـ، د: كان.
(٤) في أ: إيجاره، وفي د: اتخاذها.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في د.
(٧) في جـ: كانت.
(٨) في جـ: فيكفيه.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في د: فيه.
(١١) في جـ: يسِحّ.

ومنهم من قسطها على قدر مساحة وجه الأرض التي على النهر(١)، وهو أشبه بمذهب الشافعي وقول أصحابه؛ لأن مؤنة الحفر تزيد بطول مسافة الوجه الذي على النهر(٢)، وتقل بقصره؛ فوجب أن يكون معتبرًا به.

وإن كان الممتنع معسرًا، كان للحاكم أن يستقرض [عليه، وله أن يقول للطالب: أنت مخير بين أن تعمر الجميع بمالك](٣)، وترجع عليه عند اليسار بحصته، أو تكف؛ على ما حكاه الماوردي. فإن عمر بالإذن، وأشهد فلا شك في رجوعه عليه، وإن عمر بغير إذن الحاكم، ففي الرجوع ثلاثة أوجه، ثالثها: إن قدر على إذن الحاكم فلم يستأذنه، فلا رجوع، وإن لم يقدر على إذنه رجع، وادعى الإمام: أن هذا أعدل الوجوه.

وفي «الحاوي»: أن الذي عليه الجمهور القول بعدم الرجوع مطلقًا؛ كما لو كان الممتنع موسرًا، ومقابله منسوب إلى أبي حامد المَرْوَرُّوذِي، وقال تفريعًا عليه: إن له منع الشريك من التصرف فيما بناه إلى توفية ما بذله عنه، ويصير كالمرهون تحت يده.

وفي «الرافعي»: أن المزني أشار إلى قولين في المسألة؛ وللأصحاب فيها طرق(٤):

أظهرها(٥) - وبه قال ابن خيران وابن الوكيل-: القطع بعدم الرجوع [، والقائلون به حملوا قول الرجوع] على ما إذا كان بالإذن.

والثاني: أن القول بعدم الرجوع محمول على الجديد، والقول بالرجوع تفريع على القديم الذي عليه نفرع، وبه قال ابن القطان.

والثالث: أنا إن قلنا بالقديم رجع لا محالة، وإن قلنا بالجديد فقولان.

قال: فإن أراد أحدهما أن يبني، لم يمنع على القولين معًا(٦)؛ لأنه يزول بذلك الضرر عن الطالب من غير ضرر يلحق الممتنع.

قال: فإن بناه بآلة له، فهو ملك له ينفرد به، أي: بالارتفاق به؛ لأنه عين

---

(١) في جـ: الأرض.
(٢) في جـ: البئر.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: طريقان.
(٥) في أ، جـ: أظهرهما.
(٦) في التنبيه: منه.

ماله، وليس [للممتنع الانتفاع به بدق وتد ولا فتح كوة، وليس][١] للثاني منع صاحب السفل من الاستظلال به والجلوس والقرار فيه، وكذا من الاستناد[٢] على رأي.

وفي «الحاوي»: الجزم بمنع الاستناد[٣].

وعن صاحب «التقريب» رواية وجه: أن له المنع أيضًا من السكون والاستظلال به.

قال الإمام: وهو غريب غير معتد به.

والثاني: نقض ما بناه، فإن بذل له الشريك في الجدار قدر ما يخصه منه لم يمتنع عليه النقض على الجديد، ويمتنع على القديم؛ لأنا على هذا القول نجبر[٤] الممتنع على ابتداء العمارة، كذا قاله الأصحاب، وفيه نظر؛ من حيث إن في ذلك إجبارًا على تمليك نصف آلته الخاصة به، وهو لا يجبر على ذلك ابتداء، وكذا الخلاف يجري فيما لو بذل صاحب السفل لصاحب العلو قيمة ما بناه في السفل، كما حكاه القاضي الحسين [والماوردي تفريعًا على الجديد والقديم، وادعى الإمام إجماع الأئمة عليه، موجهًا وجه الوجوب بأنا على القديم نراعي المصلحة][٥].

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب تسليم الحكم في مسألة الجدار، والجزم في مسألة السفل بأنه لا يمتنع عليه النقض على القولين معًا؛ لأن صاحب العلو لا يجب عليه أن يبني حيطان السفل قولًا واحدًا، و[لو][٦] لم يقصد الثاني الهدم، بل أراد التبقية، فبذل له الشريك القيمة؛ ليتملك ما كان مطالبًا بعمارته - أجبر على القديم، وعلى الجديد قال الأصحاب: يقال للثاني: أنت بالخيار بين أن تأخذ منه القيمة وبين أن تنقض حتى تعيداه معًا.

قال: وإن[٧] **بناه بما وقع من الآلة، فهو مشترك بينهما**؛ لأنه عين مالهما، وهو متبرع بما غرمه على التالف[٨] ويعود الحكم في الانتفاع بذلك كما كان قبل

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ج: الإسناد.
(٣) في ج: الإسناد.
(٤) في أ، ج: يخير.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط من أ، ج.
(٧) في التنبيه: فإن.
(٨) في ج: التأليف.

الوقوع، فلو أراد الثاني هدمه لم يكن له إلا بإذن الشريك، فلو بادر وهدمه، قال الإمام: فالمذهب أنه يغرم ما نَقَصَهُ النقض.

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ وغيره من العراقيين والمراوزة يقتضي: أن للطالب على القول الجديد أن يبني المستهدم بما سقط من الآلة، كما صرحوا بأن له أن يبني بآلته التي تفرد بملكها على الأساس المشترك؛ لدفع الضرر.

وقد صرح الإمام بما اقتضاه ظاهر كلام الشيخ وغيره، ونقل[1] إجماع الأصحاب عليه، والمذكور في «التهذيب» وهو الذي ادعى الرافعي أنه الظاهر من المنقول، وأنه المتوجه من جهة المعنى[2]-: أنه لو أراد على القول الجديد البناء بالآلة المشتركة، وأراد صاحب العلو أن يبني السفل [بآلة السفل][3] - كان للآخر منعه.

فرع: لو قال صاحب السفل لصاحب العلو بعد بنائه[4] السفل بآلة نفسه: انقض ما بنيته لأبنيه بآلة نفسي، نظر: إن كان قد طالبه بالبناء، فلم يجبه لم يجب الآن؛ لما يفوته[5]، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه عليه فكذلك لا يجاب، ولكن له أن يتملك السفل بالقيمة، وإن لم يبن عليه العلو بعد - أجيب صاحب السفل، قاله المتولي.

تنبيه: «العلو» و«السفل»: بضم أولهما وكسره، قال صاحب «المحكم»: السُّفْل والسِّفْل والسِّفْلة - بكسر السين وإسكان الفاء-: نقيض الأعلى، ويكون اسمًا وظرفًا، قال: «السقف» جمعه: سُقُوف وسُقُف، وقد سَقَفْتُ البيت، أَسْقُفُهُ سَقْفًا.

قال: وإن[6] **استهدم**، أي: بفتح التاء، فنقضه أحدهما، أي: إما تعديًا أو بإذن شريكه؛ بشرط أن يعيده من ماله كما قاله المحاملي، أو من مالهما كما قاله الماوردي - قال: أجبر على إعادته - لتعديه - أو التزامه، وهذا ما حكاه البغوي في صورة التعدي، والماوردي عن الإمام[7] في الصورة الثانية وصححه، وجعله

---

(١) في أ: في.
(٢) في د: العين.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في جـ: بناية.
(٥) في جـ، د: بقوله.
(٦) في التنبيه: فإن.
(٧) في د: الأم.

المحاملي في الصورتين ظاهر المذهب، وعليه حمل الجمهور ما حكيناه عن الجديد من قبل.

قال: وقيل: هو أيضًا على قولين، أي: السابقين؛ لما ذكرناه.

قال الماوردي: وهذا ليس بصحيح.

وفي «الرافعي» و«التهذيب» و«مجموع» المحاملي: أن هذا الطريق هو الذي يقتضيه القياس؛ فإن الحائط لا يضمن بالمثل؛ فيغرم أرش النقصان. وهذا الكلام فيه دلالة ظاهرة على أنا على الطريق الأول نوجب على الهادم الإعادة جبرًا؛ لما تعدى به، والذى يظهر: أن المراد به إذا غرم أرش النقصان ليس له الامتناع من المباناة، بل يجبر عليها على الجديد؛ كما يجبر على القديم، ويعضده: أن الطريق الثاني مصرح بذلك. وأمر آخر: وهو أنا لو أجبرنا الهادم على الإعادة من ماله جبرًا لما أزاله: فإما أن نجبره على أن يعيده مستهدمًا [كما كان، أو غير مستهدم][1] ولا قدرة له على الأول؛ لأنه غير منضبط، ولا سبيل إلى الثاني؛ لكونه زائدًا على ما أزاله، وذلك حيف؛ فلا يجوز.

[ثم الصورة التي يكون متعديًا فيها قد ذكرها الماوردي في باب وضع الحجر، وهي: أن يفعل ذلك بدون إذن شريكه، وتكون قيمته قائمًا أو أكثر، وقال أهل الخبرة: إن سقوطه لا يتعجل، ويثبت على انتصابه، أما إذا قالوا: إن سقوطه يتعجل فلا يثبت على انتصابه فإن له أن ينفرد بهدمه؛ لتحتم ضرره][2]، والله أعلم.

وقد نجز شرح مسائل الكتاب فلنختمه بذكر شيء يتعلق به.

قال ابن سريج: إذا كان في يد رجل نصف دار، فادعى عليه إنسان سدسها، فأنكره، وانصرف المدعي، ثم قال له المدعى عليه: خذ مني السدس الذي ادعيته منها بسدس دارٍ، فأجابه - لم[3] يكن صلحًا على إنكاره. كذا حكاه البندنيجي في كتاب الشفعة.

قال ابن الصباغ: إذا استهدم الجدار أجبر على نقضه، ولو تراضى الشريكان على أن يعيدا الجدار بأنفسهما، ويكون الجدار لأحدهما زيادةٌ فيه - لم يجز؛ لأنه شرط عِوَض من غير معوَّض؛ فإنهما مستويان [في العمل وفي الجدار

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في جـ، د. (٣) في جـ، د: ولم.

وعَرْصَتِهِ، وعن صاحب «التقريب» رواية وجه أنه: يجوز ذلك،][1] كذا صرح به الإمام والغزالي في «البسيط»، ونسبه في «الوسيط» إلى رواية القفال؛ فلعلهما روياه.

ولو انفرد أحد الشريكين بإعادة البناء بالنقض المشترك بإذن شريكه، بشرط أن يكون له الثلثان [في النقض والأساس][2] - جاز، والسدس الزائد يكون في مقابلة عمله في نصيب الشريك، هكذا أطلقوه. واستدرك الإمام فقال: هذا مصور بما إذا شرط له [سدس النقض في الحال، فأما إذا شرط له][3] السدس بعد البناء لم يصح؛ فإن الأعيان لا تؤجل.

قال الرافعي: ولك أن تقول: التصوير وإن وقع فيما ذكره، وجب أن يكون الحكم فيه كالحكم فيما إذا شرط للمرضع جزءًا من الرقيق [المرتضع][4] في الحال، ولقاطف الثمار جزءًا من الثمار المقطوفة في الحال، ونظائرهما؛ لأن عمله يقع على ما هو مشترك بينه وبين غيره. وسنعيد الكلام في ذلك مرة أخرى - إن شاء الله تعالى، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في أ، جـ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.

باب الحوالة

الحوالة - بفتح الحاء - مشتقة من التحويل والانتقال، يقال: حال فلان عن العهد، إذا زال وانتقل عنه، وحالت الأسعار: إذا تغيرت وانتقلت عما كانت عليه.

وهي في عرف الشرع: نقل دَيْنٍ من ذمة إلى ذمة.

وقد حكى الجيلي أنها تقال بالكسر أيضًا.

ويقال: أحال عليه [بالحق][1]، يُحِيلُهُ إحالة، واحتال الرجل: إذا قبل الحوالة.

والأصل في جوازها:

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، والحوالة عقد، فوجب الوفاء به[2]، وإذا وجب الوفاء به دل على جوازه.

ومن السنة: ما روى مسلم وغيره عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «مَطْلُ الغنيِّ ظُلْمٌ، وإذا أُتْبِعَ أحدُكم على مَلِيءٍ فَلْيَتَّبِعْ»[3].

ألف «أتبع» مضمومة، وتاؤه تسكن وتخفف، وتاء «فليتبع» مشددة[4].

والمطل: المدافعة.

المليء - بالهمز[5]-: الغني [المكثر[6]، قاله في «المستغرب»][7].

ومعنى الحديث: إذا أحيل أحدكم على مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ.

قال[8] الجوهري: يقال: أتبع فلان [بفلان][9]، إذا أحيل عليه، والتبيع[10]:

---

(١) سقط في د. (٢) في د: بها.

(٣) أخرجه البخاري (٤/ ٤٦٤) كتاب الحوالة، باب: هل يرجع في الحوالة، حديث (٢٢٨٧)، ومسلم (٣/ ١١٩٧) كتاب المساقاة، باب: تحريم مطل الغنى، حديث (٣٣/ ١٥٦٤).

(٤) قوله: ومن السنة قوله ﷺ: «مطل الغني ظلم، وإذا أُتبع أحدكم على مليء فليتبع».
ألف «أتبع» مضمومة، وتاؤه تسكن وتخفف، وتاء «فليتبع» مشددة انتهى كلامه.
وما ذكره جازمًا به من تشديد التاء في «يتبع» فإنه مقالة ضعيفة جدًّا؛ قال النووي في «شرح مسلم»: والصواب المعروف في كتب الحديث وغيرها: هو التخفيف. [أ و].

(٥) في ج: بالضم. (٦) في أ: الكثير. (٧) سقط في د.

(٨) في أ: وقال. (٩) سقط في ج. (١٠) في أ: والمتبع.

الذي لك عليه مال.

وقال[١] في «الاستقصاء»: يقال: تبعت الرجل بحقي، أتبعه تباعة - بضم التاء-: إذا طالبته، وأنا تبيعه، ومنه قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَا تَجِدُواْ لَكُمْ عَلَيْنَا بِهِۦ تَبِيعًا﴾ [الإسراء: ٦٩].

قال الماوردي: وقد روى العراقيون، عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «وإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَلْ»[٢].

قال الرافعي: والأشهر في هذه الرواية بالواو، ويروى: «فَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ» بالفاء، فعلى التقدير الأول هو مع قوله: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»، جملتان [لا تعلق للثانية][٣] بالأولى؛ كقوله[٤] ﷺ: «الْعَارِيَّةُ مَرْدُودَةٌ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»[٥].

وعلى الثاني: يجوز أن يكون المعنى في[٦] الترتيب: أنه إذا كان المطل ظلمًا من[٧] الغني، فإذا أحيل [بدَيْنه][٨] عليه، فإنه يحترز عن الظلم ولا يمطل.

وقد أجمع المسلمون على جواز الحوالة في الجملة كما حكاه أبو الطيب.

قال القاضي الحسين: والمعنى فيها بعد الإجماع: ما فيها من الإرفاق بالناس[٩]؛ فإن الإنسان يَستحق دينًا، ويُستحق عليه مثله؛ فتلحقه المشقة في الاستيفاء والإيفاء؛ فجوزها الشرع؛ لإسقاط هذه المشقة والكلفة، وإلا فالقياس أنها لا تجوز؛ لأنها بيع دين بدين، وقد نهى صاحب الشرع عنه، وهو بيع الكالئ بالكالئ.

وهذا كما أن القرض[١٠] جوز للإرفاق، [وإن كان القياس منعه؛ لأنه [بيع][١١]

---

(١) سقط في ج، د.
(٢) تقدم قريبا.
(٣) في ج: لا تتعلق الثانية.
(٤) في الأصول: لقوله.
(٥) قال الحافظ ابن حجر في تخريجه لم أره بهذا اللفظ وإنما رواه أحمد وأصحاب السنن بلفظ العارية مؤداة. تلخيص الحبير (٣/ ٤٧).
والحديث أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦) في البيوع، باب: في تضمين العارية (٣٥٦٥)، والترمذي (٤/ ٤٣٣) كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، برقم (٢١٢٠)، وابن ماجه (٢/ ٨٠١)، كتاب الصدقات، باب: العارية (٢٣٩٨)، وأحمد (٥/ ٢٦٧)، وابن حبان (١١/ ٤٩١) برقم (٥٠٩٤)، والطبراني في الكبير (٨/ ١٦٠- ١٦٢- ١٦٩)، والبيهقي في السنن (٦/ ٨٩)، وأبو نعيم في الحلية (٩/ ١٦٣).
(٦) في أ: من.
(٧) في ج: في.
(٨) سقط في ج.
(٩) في ج: للناس.
(١٠) في ج: القراض.
(١١) سقط في د.

عاجل بآجل، والسلم جوز للإرفاق][١]، وإن كان عقدًا على معدوم [و][٢] كذلك الإجارة.

وما قاله حسن على قولنا: إنها بيع دين بدين.

وقد اختلف أصحابنا[٣] في حقيقتها:

فذهب ابن سريج إلى أنها بيع، ولكنها لم تبن على المغابنة والمماكسة، وطلب الربح والفضل.

وادعى الرافعي وغيره من العراقيين أنه الذي نص عليه الشافعي في باب بيع الطعام [بالطعام][٤].

ووجهه: أن المحال يبذل ما له في ذمة المحيل بما للمحيل في ذمة المحال عليه، والمحيل يبذل ما له في ذمة المحال عليه بما عليه من دين المحتال، وذلك حقيقة البيع، ويؤيده أنها ممنوعة في المسلم فيه؛ لما سنذكره من الحديث.

فعلى هذا: هل هي بيع دين بدين، أو[٥] عين بعين، أو عين بدين ؟ فيها[٦] ثلاثة أوجه مجموعة من نقل الماوردي والرافعي عن القاضي أبي حامد.

والقائل بأنها بيع عين بعين، نزَّل استحقاق الدين على الشخص منزلة استحقاق منفعة تتعلق بعينه؛ كالمنافع في إجارات الأعيان.

والأول هو المشهور من كلام الأئمة.

ومنهم من قال: ليست بيعًا، بل هي عقد إرفاق[٧] نازلة منزلة قبض الحق من المحيل ودفعه إلى المحال عليه قرضًا؛ لأنه ﷺ ندب إليها بقوله: «فَلْيَحْتَلْ»، ولأنها لا تصح بلفظ البيع، ولا بغير جنس الحق، ولا يثبت للمحتال الرجوع على المحيل عند تعذر [قبض][٨] الحق من المحال عليه، [و][٩] يجوز التصرف[١٠] فيها قبل القبض في الربويات.

ولو كانت بيعًا [لما][١١] ثبتت هذه الأحكام.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: الأصحاب.
(٤) سقط في جـ.
(٥) زاد في أ: بيع.
(٦) في أ، د: فيه.
(٧) في أ: ارتفاق.
(٨) سقط في جـ، د.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في جـ: التفرق.
(١١) سقط في أ.

وقد حكى البغوي [القولين][(١)] من تخريج ابن سريج.

وكذلك القاضي الحسين في «تعليقه»، ثم قال: والأولى أن يلفّق بين المعنيين، ويجمع بينهما، ويقال: الحوالة معاوضة تضمنت استيفاء، أو استيفاء بطريق المعاوضة، [كما لو أخذ عوضًا عن ماله في ذمته، يكون معاوضة تتضمن استيفاء، أو استيفاء بطريق المعاوضة][(٢)].

ويقرب من هذا ما ذهب إليه الغزالي وإمامه وشيخ إمامه، وهو أنها مشتركة بين المعاوضة والاستيفاء، وإنما يقع النظر في تغليب أيهما؛ ولهذا الاختلاف أثر يظهر في الباب - إن شاء الله تعالى.

قال: لا[(٣)] **تصح الحوالة إلا برضا[(٤)] المحيل والمحتال.**

أما رضا المحيل؛ [فلأن الحق في ذمته مرسل؛ فلا يتعين عليه قضاؤه من محل معين، كما لو طلب منه الوفاء من كيس بعينه .

وأما رضا المحتال: فلأن حقه تعلق بذمة المحيل][(٥)]؛ فلا يملك نقله إلى ذمة غيره [إلا برضاه،][(٦)] كما لو تعلق حقه بعين وأراد نقله إلى عين مثلها، مع أن الذمم [غير][(٧)] متساوية.

وقد خالف أبو ثور في هذا - على ما حكاه الماوردي- وقال: إذا أحيل على مليء وجب القبول؛ لظاهر الخبر.

وتمسك أصحابنا في الرد عليه بقوله ﷺ: «إِنَّ لِصَاحِبِ الحَقِّ يَدًا وَمقَالًا»[(٨)]، فكان عامًّا، وبأن الحقوق التي في الذمم قد تنقل تارة إلى الذمة بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة؛ فلما ثبت أن نقله إلى عين لا يلزم إلا بالرضا، فنقله إلى الذمة أولى؛ لأن بنقله إلى عين أخرى يصل إلى حقه، وبنقله إلى ذمة أخرى لا يصل إليه.

وقالوا: الخبر محمول على الاستحباب؛ لما فيه من الإعانة على قضاء الحق.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، جـ: ولا.
(٤) في التنبيه: برضاء.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) سقط في أ.
(٨) ذكره الماوردي في الحاوي (٦/ ٣٣٣) بلفظ المصنف، وقد تقدم بلفظ «دعوه فإن لصاحب الحق مقالا» وهو متفق عليه.

وهذا قول القاضي أبي الطيب، وبه جزم الرافعي. وفي «الحاوي»: أنه محمول على الإباحة؛ لأنه وارد بعد حظر، وهو نهيه ﷺ عن بيع الدين بالدين[1].

واعلم أن بعض الشارحين حكى وجهًا: أن الحوالة تصح بدون رضا المحيل، وصور[2] محله بما[3] [إذا قال: أحلتك[4] على نفسي بالدين الذي لك على فلان، فيقول المحتال: قبلت، وأن هذا يتجه][5] إذا لم يكن على حق المحيل، وصرح بعضهم بأن ذلك تفريع على جواز الحوالة، [على من لا دين عليه. وما قاله فيه نظر؛ لأنها في هذه الحالة ما صحت إلا بمحيل، وهو القائل: أحلتك][6]؛ [بدليل أن المحتال لا بد أن يقول: قبلت، كما قال، وقابلٌ بلا موجب محالٌ، ولا يقال: إن ذلك ليس محالاً][7]؛ بدليل أن الأب إذا باع مال ولده من نفسه اكتفينا بمجرد الإتيان بأحد شقي العقد على رأي؛ لأنا نقول: ذلك مصور - على ما حكاه الإمام في باب الهبة - بما إذا أتى بلفظ يستقل الابتداء به [مثل أن][8] يقول: اشتريت أو اتهبت، أما قوله: قبلت البيع أو الهبة، فلا يمكن الاقتصار عليه [بحال][9].

نعم، في هذه الصورة اتحد المحيل والمحال عليه، ولا بعد في اتحاد العاقد والمعقود عليه؛ ألا ترى أن السيد إذا وكل عبده في بيع نفسه صح؟! ثم على تسليم القول بصحة هذا العقد، وأنه لا محيل فيه؛ بناء على أن المراد بالمحيل:

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مسنده (٦/ ٥٩٧، ٥٩٨) برقم (٢١٦٧، ٢١٦٩)، والبزار (٢/ ٩١، ٩٢/ كشف) برقم (١٢٨٠)، وإسحاق بن راهويه كما في نصب الراية (٤/ ٤٠)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥/ ٢٩٠ من طريق موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ أن يباع كالىء بكالىء يعني دينًا بدين ولفظ البزار قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع كالىء بكالىء وعن بيع عاجل بآجل فالغرر أن تبيع ما ليس عندك والكالىء بالكالىء دين بدين.
ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بموسى بن عبيدة، ورواه عبد الرزاق في مصنفه من طريق إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي، وهو معلول بالأسلمي. ا هـ.
وقد رواه الدارقطني (٣/ ٧١، ٧٢) والحاكم (٢/ ٥٧) من وجهين، ولكنهما وهما في اسم موسى بن عبيدة فقالا: موسى بن عقبة كما قال البيهقي في سننه (٥/ ٢٩٠).

(٢) في جـ: وصورة. (٣) في جـ: ما. (٤) في أ: أجبلك.
(٥) سقط في د. (٦) سقط في جـ. (٧) سقط في د.
(٨) في أ: بأن. (٩) سقط في أ.

من يكون عليه الدين - كما صرح به الماوردي وغيره - فهو ليس بحوالة، وإنما هو ضمان كما ستعرفه من بعد.

قال: **ولا تفتقر(١) إلى رضا(٢) المحال عليه على المنصوص**، [أي: في «المختصر»]؛ لقوله ﷺ: «وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»(٣)، ولم يعتبر فيه رضا المحال(٤) عليه .

ولأنها تصرف في مملوك؛ فلا يعتبر فيه رضا المملوك [عليه](٥) كالتصرف في رق العبد [بالبيع وغيره](٦).

وقولنا: «في مملوك» احترزنا به عن النكاح؛ فإنا نعتبر فيه رضا المنكوحة [في حاله](٧)؛ [لأنها ليست](٨) بمملوك للزوج، ولأن مالك الدين مخير في استيفائه بنفسه، وبغيره بالوكيل؛ فكذلك بالمحتال.

وقد صار إلى هذا أبو العباس بن سريج، وأبو إسحاق المروزي، وأبو علي بن أبي هريرة.

ومقابله: أنه لا بد من رضاه، وقد رواه أبو العباس بن القاص عن نص الشافعي في «الإملاء»(٩)، وبه قال المزني وأبو عبد الله الزبيري، وأبو سعيد الإصطخري وابن الوكيل؛ مستدلين بأن من كان وجوده شرطًا في الحوالة كان رضاه شرطًا فيها، كرضا المحيل والمحتال.

---

(١) في التنبيه: يفتقر.　(٢) في التنبيه: برضاء.　(٣) تقدم.
(٤) في جـ: المحيل.　(٥) سقط في أ.　(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.　(٨) في جـ: لأنه ليس.
(٩) قوله - رحمه الله-: ولا تفتقر إلى رضا المحال عليه، على المنصوص، أي: في «المختصر».
ثم قال: ومقابله: أنه لا بد من رضاه، وقد رواه أبو العباس بن القاص عن نصه في «الإملاء». انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن ما ادعاه من أن الشافعي نص في «المختصر» على ذلك سهو؛ فإنه لم ينص فيه على المسألة. نعم نص في باب الطعام منه - أي: من «المختصر» - على أن الحوالة بيع، وحينئذ فيمكن أن يتفرع عليه عدم اشتراط رضا المحال عليه، وقد صرح المصنف في «المطلب» بذلك، وجعل المسألة مستنبطة من هذا النص، لا منصوصا عليها.
الثاني: أن ما ادعاه من نسبة مقابله إلى «الإملاء»، وأن ابن القاص نقل ذلك - ففي «الرافعي» عن المذكور - وهو: ابن القاص نسبته إلى «الأم»، ولم ينسبه إلى «الإملاء» .[أ و].

وبأن[١] الدين يتعلق[٢] بالذمة أصلاً، وبالرهن فرعًا؛ فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولي الرهن إلى غيره، فأولى ألا يكون له أن يولي الدين إلى غيره.

والقائلون بالأول حملوا نصه في «الإملاء» على ما إذا لم يكن على المحال عليه دين كما سنذكره.

وأجابوا عن القياس على المحيل والمحتال: بأنهما كالمتبايعين، بخلاف المحال عليه؛ فإنه كالعبد المبيع.

وعن الرهن: بأن المرتهن ليس مالكًا للرهن؛ فلذلك لم يكن له نقله، بخلاف الدين.

[وقد][٣] بنى صاحب «التهذيب» هذا الخلاف على الخلاف السابق في أن الحوالة معاوضة أو استيفاء ؟ [فإن قلنا بأنها معاوضة، لم يفتقر إلى رضاه، وهو الأصح، وإن قلنا: إنها استيفاء،][٤] فلا بد من رضاه؛ لأنه لا يمكن إقراضه إلا برضاه.

واعلم أن عدول الشيخ وغيره من المصنفين عن لفظ الإيجاب والقبول إلى اعتبار الرضا المستلزم للإيجاب والقبول؛ لعدم الاطلاع عليه؛ لأنه الأصل المعتبر في العقود، ولا يقال لمن اعتبر الأصل: لم اعتبرته؟ نعم، يقال ذلك لمن اعتبر الفرع وعدل عن الأصل.

ثم كيفية الإيجاب والقبول الذي استلزمه الرضا: أن يقول المحيل: أحلتك على فلان، فيقول: قبلت، كما هو المفهوم من إطلاق الشيخ الحوالة.

ويقوم مقام ذلك - كما حكاه ابن أبي الدم [الحموي][٥] في «أدب القضاء» - قول المحيل: نقلت حقك الذي في ذمتي إلى ذمة فلان، أو: جعلت ما أستحقه على فلان لك[٦] بما لك [علي][٧]، أو: ملكتك ما في ذمة فلان بما لك في ذمتي.

وهل تنعقد بلفظ البيع ؟ قال: إن فيه خلافًا مشهورًا.

---

(١) في جـ: وكأن.
(٢) في جـ: تعلق.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) زاد في أ: أو.
(٧) سقط في أ.

وفي «الجيلي»: أن أبا الفياض حكى عن الشافعي أنه قال: لا بد مع الإيجاب من أن يقول المحتال: قبلت الحوالة، وأبرأتك عن حقي. وقد حكيت قريبًا منه في أول كتاب البيع، ويجري الخلاف المذكور في انعقاد البيع بالاستيجاب[١] والإيجاب هاهنا.

وفي «الرافعي»: في «الجرجانيات» لأبي العباس الروياني طريقة أخرى قاطعة بالانعقاد؛ لأن الحوالة أجيزت رفقًا بالناس؛ فيتسامح فيها بما[٢] لا يتسامح في غيرها.

قال: **ولا تصح**[٣] **الحوالة إلا بدين مستقر [وعلى دين مستقر]**[٤]؛ لأن الحوالة إما بيع [دين][٥] كما هو الصحيح، وبيع الدين لا يصح ما لم يكن بهذه المثابة، وإما استيفاء، واستيفاء ما هو متعرض للسقوط لا يحصل به الغرض.

قال: **فأما ما ليس بمستقر كمال الكتابة، ودين السلم، فلا تصح الحوالة به ولا عليه**؛ لما ذكرناه.

وقد روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه- عن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفْهُ إِلَى غَيْرِهِ»[٦].

وهذا ما جزم به العراقيون في المسلم فيه، وذهب إليه القاضي أبو حامد في مال الكتابة، ولم يحك في «التهذيب» سواه، ووراءه في كل من الصورتين وجهان:

أحدهما: تجوز الحوالة بهما وعليهما، وهو في مسألة المسلم فيه منسوب إلى أبي حفص بن الوكيل، وفي مسألة مال الكتابة منسوب إلى ابن سريج كما حكاه الإمام.

---

(١) في جـ: الاستحباب. (٢) في أ: ما. (٣) في التنبيه: يصح.
(٤) سقط في أ. (٥) سقط في د.
(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٧٦) كتاب البيوع، باب: السلف لا يحول (٣٤٦٨)، وابن ماجه (٢/ ٧٦٦) كتاب التجارات، باب: من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره (٢٢٨٣)، والدارقطني (٣/ ٤٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٠) كتاب البيوع، باب: من سلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره من طريق عطية بن سعد العوفي عن أبي سعيد ... به.
قال البيهقي عطية بن سعد لا يحتج به، وسئل عن الحديث أبو حاتم الرازي كما في العلل لابنه (١/ ٣٨٧) برقم (١١٥٨) فصحح وقفه على ابن عباس من قوله. اهـ.

وحكى غيره أن الحليمي قال به في الحوالة عليه، ويجيء من طريق الأولى تجويز الحوالة به.

وقد بناه الرافعي والماوردي في مسألة المسلم فيه على أنها استيفاء لا معاوضة، ويشبه أن يبني في مسألة [مال](١) الكتابة عليه أيضًا(٢).

والثاني: تجوز الحوالة بهما ولا تجوز الحوالة عليهما، وبه جزم ابن الصباغ، والأكثرون في مسألة الكتابة؛ لأن للمكاتب أن يقضي حق سيده باختياره، بخلاف حوالة السيد عليه به؛ لأنه يؤدي إلى إيجاب القضاء عليه بغير اختياره.

[قلت: ولمن قال بمنع الحوالة به أن يقول: شرط الحوالة: أن يكون ما على المحيل مثل ما على المحال عليه صفةً وقَدْرًا؛ حتى لا يستفيد المحتال بالحوالة شيئًا لم يكن له، وفي هذه الحوالة [ليس](٣) الأمر كذلك؛ لأن السيد لو صحت حوالة المكاتب له؛ لاستفاد بها لزوم دينه على المحال عليه، وقد كان على المكاتب غير لازم؛ فامتنعت الحوالة لهذا(٤) المعنى.

ولهذا المعنى منع ابن سريج الحوالة بدين [لازم](٥) لا ضامن به على دين(٦) به ضامن؛ ليطالب به الضامن(٧) المضمون عنه، لكن في كلام أبي حامد ما يمنع - كما سيأتي - وحينئذ يبقى ما ذكره الجمهور خاليًا عن الاعتراض.

وقد خص الجرجاني محل [هذا](٨) الوجه(٩) بما بعد حلول مال الكتابة، وكذلك المحاملي دون ما قبله.

---

(١) سقط في أ.

(٢) قوله: وفي وجهٍ تجوز الحوالة بمال الكتابة ودين السلم، وعليهما.
ثم قال: وقد بناه الرافعي والماوردي في مسألة المسلم فيه على أنها استيفاء لا معاوضة، ويشبه أن يبني في مسألة الكتابة عليه أيضا. انتهى كلامه.
وهو يقتضي أن ما ذكره في الكتابة من البناء لم يقف عليه منقولا، لكن قد صرح القاضي الحسين في باب الكتابة من «تعليقه» بالبناء المذكور موافقا لبحثه؛ فإنه ذكر أن السيد ليس له أن يحيل على المكاتب بمال الكتابة، ثم قال ما نصه: هذا إذا قلنا: الحوالة معاوضة، فإن قلنا: إنها استيفاء الحق، فتجوز الحوالة بمال الكتابة، سواء أحال المكاتب السيد على رجل له عليه دين، أو أحال السيد رجلا على المكاتب. هذا لفظه، ذكره بعد نصف الباب بقليل. [أ و].

(٣) في ج، د: له من.

(٤) في أ: بهذا.

(٥) سقط في ج، د.

(٦) في أ: أن.

(٧) زاد في ج، د: و.

(٨) سقط في أ.

(٩) زاد في أ، ج: الثالث.

وعكس[١] في «الوسيط» هذا الوجه في مسألة المسلم فيه فقال[٢]: لا تجوز الحوالة به، وتجوز عليه.

ثم صورة الحوالة بهما: [أن يحيل المكاتب[٣] أو المسلم إليه السيد أو المسلم[٤] بما له في ذمته على غيرهما.

والحوالة عليهما][٥]: أن يحيل السيد أو المسلم على المكاتب أو المسلم إليه بما له في ذمته إنسانًا.

واعلم أن المراد بالدين المستقر هاهنا: ما يجوز بيعه، لا ما أمنا انفساخ العقد فيه بتلفه، أو تلف مقابله، كما ذكرناه في البيع.

ويدل على ذلك أمران:

أحدهما: أن ثمن المبيع الذي [لم][٦] يقبض لا يؤمن انفساخ العقد فيه بتلف المبيع، ومع ذلك تجوز الحوالة به، كما استنبطه الرافعي من اختلاف الأصحاب في محل القولين [الآتيين][٧]، فيما إذا أحال المشتري البائعَ بالثمن على رجل، ثم رده بالعيب: هل هو فيما إذا كانت الحوالة بعد قبض المبيع، أما إذا كانت قبله فتنفسخ وجهًا واحدًا، أو محلهما قبل القبض وبعده على حد سواء؟

والثاني: أن الزوجة يصح منها أن تحيل بالصداق قبل الدخول مع أنه غير مستقر بالمعنى الذي أردناه، وذلك يدل على ما ذكرناه؛ [و][٨] لأجل ذلك جاءنا وجه في صحة الحوالة بنجوم الكتابة، كما قيل به في جواز بيعها.

وفي «شرح الفروع» للقاضي أبي الطيب - أو لغيره[٩] - إشارة إلى منع الحوالة في مسألة الصداق؛ فإنه قال - فيما إذا أحالت الزوجة بالصداق قبل الدخول -: ظاهر المذهب: ملكها للتصرفات قبل القبض من البيع، والهبة، والعتق؛ فكذا[١٠] الحوالة.

---

(١) في أ: وحكى.
(٢) في أ: بمال.
(٣) في أ: العبد.
(٤) زاد في ج: له.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: غيره.
(١٠) في أ: فكذلك.

فروع:

تجوز حوالة السيد على المكاتب بدين المعاملة على الصحيح، وبه جزم ابن الصباغ؛ لأنه يجبر على أدائه.

وقيل: لا تجوز له؛ لأن له أن يسقط ذلك بتعجيزه نفسَهُ كمال الكتابة.

وبنى المتولي هذا الخلاف على أن المكاتب إذا عجَّز [نفسه][(١)] هل يسقط هذا الدين أم لا؟ إن قلنا: نعم، لم تصح، وإلا صحت، ومقتضى هذا البناء أن يكون الصحيح على رأي عدم الصحة، وهذا[(٢)] يظهر لك إذا نظرت فيما حكيته في المسألة المبني عليها في باب الرهن.

الثمن في زمن الخيار: هل تجوز الحوالة به، وعليه ؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قول القاضي أبي حامد-: لا.

والثاني: وهو الأصح في «الرافعي» و«النهاية» و«الوسيط»: نعم.

وهما مبنيان [في «الحاوي»، و«التتمة»][(٣)] على أن الحوالة معاوضة أو استيفاء؟ فإن قلنا بالأول لم تصح، وإلا صحت؛ فعلى هذا لا ينقطع الخيار، فلو اتفق فسخ البيع، انقطعت[(٤)] الحوالة وجهًا واحدًا، صرح به الشيخ أبو حامد وغيره.

قال الإمام: ولم يصر[(٥)] أحد من الأصحاب إلى أن الحوالة في الثمن تقطع الخيار في البيع.

وفي الرافعي حكاية وجه عن الشيخ [أبي علي][(٦)] وأنه اختاره[(٧)]: أن الخيار يبطل؛ لأن قضية الحوالة اللزوم، فلو بقي الخيار لما صادفت الحوالة مقتضاها، وكانت [كالحوالة][(٨)] على النجوم.

وعلى قول المنع، هل ينقطع خيار البائع إن كانت الحوالة عليه، وخيارهما إن كانت الحوالة به ؟ فيه وجهان سبق أصلهما في كتاب البيع.

الجعل في الجعالة: جزم الماوردي والمتولي بعدم صحة الحوالة به قبل العمل، وبالصحة بعده.

---

(١) سقط في جـ، د.
(٢) في جـ: وهو.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: انفسخت.
(٥) في أ: يصرح.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: اختار.
(٨) سقط في أ.

قال الرافعي: والقياس: أن يجيء في الحوالة به وعليه الخلاف المذكور في الرهن [و][١] في ضمانه.

الزكاة: هل يصح أن يحيل المالك بها الساعي؟

إن قلنا: [إنها][٢] استيفاء، صحت[٣]، وإلا فلا.

قال: ولا تصح إلا على من عليه دين؛ لأنها إذا لم تصح بغير الجنس الذي عليه، فأولى ألا تصح إذا لم يكن عليه حق، كذا قاله القاضي أبو الطيب.

قال: وقيل: تصح[٤] **على من لا دين عليه برضاه**؛ كما يصح أن يصالح عنه، وهذا ما اختاره ابن الحداد في «فروعه» وقال مَنْ شَرَحَها - من القاضي أبي الطيب وغيره-: هو الصحيح عندي.

وقد خرج ابن سريج هذا الخلاف على أن الحوالة بيع أو عقد إرفاق يتضمن الاستيفاء؟

فإن قلنا: بالأول - وهو الصحيح -لم تصح[٥]؛ لأن ذلك بيع معدوم.

وإن قلنا بالثاني: صحت؛ فكأنه استوفاه منه وأقرضه له[٦]، وعلى ذلك جرى صاحب «التهذيب» والجمهور.

وبناهما غيره - كما حكاه القاضي الحسين - على أن الضمان بشرط براءة الأصيل[٧] هل يصح؟ وفيه جوابان لابن سريج أيضًا: فإن جوزناه جوزنا هذه الحوالة، وإلا فلا؛ لأنه في الحقيقة تضمين ما في ذمة المحيل بشرط أن تبرأ؛ ولهذا اعتبرنا على قول الصحة رضاه وجهًا واحدًا؛ لأنه لا يصح إلزامه الحق بغير الرضا، وهذا ما صححه الإمام، ثم قال: وليس هو مأخوذًا من ذلك؛ بل هو عينه.

فلهذا قطع به الغزالي في «الوسيط».

وهذا البناء إنما يصح إذا قلنا: إن ذمة المحيل تبرأ من الدين المحال به في الحال، كما صار إليه الصيدلاني، وحكاه ابن كج وجهًا، وصححه من شرح «فروع» ابن الحداد - من القاضي أبي الطيب وغيره - [وبه جزم ابن الصباغ][٨]،

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ج: صح.
(٤) في التنبيه: يصح.
(٥) في أ: يصح.
(٦) في أ، د: منه.
(٧) في أ: الأصل.
(٨) سقط في د.

وهو الذي يقتضيه قول الشيخ: ومتى صحت الحوالة، برئت ذمة المحيل.

أما إذا قلنا بأنه لا يبرأ قبل توفية المحال عليه الحق كما أورده في «التهذيب» والأكثرون [كما حكاه الرافعي][(١)]، وعليه يدل كلام الماوردي حيث قال: إنه يجري مجرى الضمان، وإنه لا رجوع له [بالحق][(٢)] قبل أدائه؛ فلا يستقيم هذا البناء.

وقد عكس الماوردي هذا البناء، وقال: إذا ضمن عن إنسان دينًا على شرط أنه بريئ منه، فإذا صح - كما هو قياس مذهب المزني - كانت حوالة بلفظ الضمان؛ لأن الألفاظ مستعارة.

وإذا قلنا: لا تصح - كما هو قياس [قول][(٣)] ابن سريج - يكون ضمانا باطلاً؛ اعتبارًا بظاهر اللفظ.

التفريع:

على القول بالصحة: هل تكون لازمة قبل قبض الحق من المحال عليه، كما في سائر الحوالات، أو لا تلزم إلا بالقبض ؟ فيه وجهان حكاهما الإمام عن العراقيين، والأصح الأول.

وهل له أن يرجع على المحيل في الحال ؟ ينظر:

إن قلنا: إنه يبرأ بمجرد الحوالة، فنعم - كما حكاه الرافعي - وعند القاضي أبي الطيب، وابن الصباغ: لا ما لم يغرم.

وإن قلنا: لا يبرأ، فالحكم فيه كالضامن مع المضمون [عنه][(٤)] في هذا، وفي غيره من الأحكام كما سنذكره.

إلا أن الأصحاب جزموا هاهنا فيما إذا أدى بالإذن بالرجوع، وإن حكوا ثَمَّ وجهًا في أنه لا يرجع.

وأن الظاهر هاهنا - كما قاله مجلي - فيما إذا أدى بغير الإذن: أنه[(٥)] يرجع؛ لأن الحوالة تقتضي الإذن في القضاء؛ إذ مضمونها تحوُّل الحق وانتقاله، بخلاف الضمان؛ فإنه مجرد وثيقة، وإن كان الماوردي قد جزم بعدم الرجوع، وأن المحال إذا أبرأ المحال عليه يخرج على الخلاف فيما[(٦)] إذا أبرأت الزوجة الزوج ثم

---

(١) في د: وبه جزم ابن الصباغ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: مذهب، وسقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: فإنه.
(٦) في أ: كما.

طلقها قبل الدخول، كما حكاه الإمام عن [العراقيين و][1] شيخه، و الذي جزم به الجمهور: عدم الرجوع.

ولو أحال المحال عليه المحتال على غيره نظر:

إن كان على من له عليه دين، رجع في الحال.

وإن كان على من لا دين له عليه، لم يرجع ما لم يرجع عليه الذي أحاله عليه.

ثم مقتضى[2] هذا التفريع كله: أن المحتال له مطالبة المحيل والمحال عليه؛ كما في الضمان.

واعلم أن هاهنا أمرين لا بد من التنبيه عليهما:

أحدهما: أن الشيخ جزم بأن الحوالة لا تصح إلا بدين مستقر [وعلى دين مستقر][3] وفي هذا[4] غنية عن قوله من بعد: ولا تصح إلا على من عليه دين؛ لأنها [إذا امتنعت][5] مع وجود الدين ولا استقرار فمع عدمهما أولى.

نعم، لو كانت هذه المسألة متقدمة على تلك؛ لم يرد السؤال الثاني، أن ما ذكره أولاً يقتضي ألا تصح الحوالة على من لا دين عليه إذا جوزناها إلا بدين مستقر، وقد ظهر لك أن هذه الحوالة ضمان عند الجمهور؛ فكان ينبغي أن تصح بما يجوز ضمانه، ولا يشترط أن يكون الدين مستقرًا، وبهذا يقوي ما أبداه الرافعي في الحوالة بمال الجعالة كما قدمناه عنه.

قال: ولا تجوز[6] **إلا بمال معلوم**؛ لأن بيع المجهول واستيفاءه غير جائز؛ لما فيه من الغرر.

والمراد بالمعلوم هاهنا: أن يكون معلومًا بالصفات التي تعتبر في المسلم فيه، سواء كان [المال][7] مِثْلِيًّا: كالدراهم والدنانير والحبوب وغير ذلك، أو غير مثلي: كالحيوان والنبات وغير ذلك.

وفي غير المثلي وجه: أنه لا تصح الحوالة به ولا عليه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: يقتضي.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ: هذه.
(٥) في أ: كما استغنت.
(٦) في التنبيه: يجوز.
(٧) سقط في أ.

وفي «الشامل» و«تعليق» البندنيجي وغيرهما في باب بيع الطعام [بالطعام][(١)] حكاية وجه ثالث: أن الحوالة لا تصح إلا بالأثمان، وقالوا: إنه ليس بشيء.

قال: وقيل: **تصح**[(٢)] **في إبل الدية، وإن كانت مجهولة**، أي: الصفات؛ لحصول المقصود من الجانبين؛ فإن المسألة مصورة بما إذا أوضحت رأس إنسان، وأوضح ذلك الإنسان رأس آخر، فإن الواجب له وعليه خمس من الإبل، فأحال المجني عليه [أولًا][(٣)] المجني عليه [ثانيًا][(٤)] بها على الجاني أولاً، هكذا علله بعضهم، و الذي حكاه البندنيجي وغيره: أن هذا أخرجه ابن سريج من أحد قولي الشافعي في جواز المصالحة عليها، موجهًا ذلك بأن القدر[(٥)] واللون ينحصر إلى أقل ما يقع عليه الاسم، فينحصر إلى معلوم.

وحكي في «الاستقصاء» وغيره: أن الخلاف في الصلح وجهان مخرجان من قولين نص عليهما الشافعي فيما لو جنت امرأة على رجل موضحة، فتزوجها، وجعل تلك الإبل صداقها.

قال: ولا يجوز إلا أن يكون المال الذي في ذمة المحيل والمحال عليه متفقين في الصفة، أي: كالصحاح بالصحاح، والمكسَّر بالمكسر، والجيد بالجيد، والرديء بالرديء.

قال: والحلول والتأجيل.

أي: بحيث يكون الأجلان سواء؛ لأن الحوالة عقد إرفاق كالقرض، فلو جوزت مع الاختلاف، صار المطلوب منها الفضل؛ فتخرج عن موضوعها.

وقيل: إذا قلنا: إنها استيفاء، جاز أن يحيل[(٦)] بالحالِّ عن المؤجل، وبالمؤجل إلى شهر عن المؤجل إلى [أكثر منه][(٧)] وبالصحيح عن المكسر، وبالجيد عن الرديء، ولا يجوز العكس.

وفي «الوسيط» عكس هذا؛ فإنه قال: كل ما يمنع الاستيفاء [إلا بمعاوضة][(٨)] تمتنع الحوالة فيه. ولو كان لا يمنع الاستيفاء، بل يجب القبول، ولا يشترط رضا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: يصح.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: العد.
(٦) في جـ: يحيله.
(٧) في أ: سنة.
(٨) سقط في د.

المستحق [به][(١)]، كتسليم الصحيح عن المكسر، والأجود عن الرديء، والحال عن المؤجل في بعض الأحوال - جازت الحوالة به. وإن[(٢)] كان يفتقر إلى الرضا المجرد دون المعاوضة، ففيه وجهان، وهذا ما حكاه الإمام عن شيخه[(٣)] خاصة، وهو خلاف ما عليه الجمهور.

ثم على القول بعدم الجواز[(٤)]: لو وقعت الحوالة، قال في «التتمة»: هي حوالة على من لا دين عليه، وقد تقدمت. وقد أغرب الزبيلي في «أدب القضاء» [له][(٥)]، فقال: إذا كان عليه دراهم فأحاله بها على شخص له عليه دينار، أو كان عليه قمح فأحاله به على شخص له عليه شعير [فرضي - جاز][(٦)]، إلا أنهما لا يفترقان إلا عن قبض.

واعلم أن الشيخ اكتفى بما ذكره عن ذكر التساوي في المقدار؛ لأن الأجل إذا

---

(١) سقط في د. (٢) في أ: فإن.
(٣) قوله: وقيل إذا قلنا: إنها استيفاء، جاز أن يحيل بالحالِّ عن المؤجل، وبالمؤجل إلى شهر عن المؤجل إلى أكثر منه، وبالصحيح عن المكسر، وبالجيد عن الرديء، ولا يجوز العكس.
وفي «الوسيط» عكس هذا؛ فإنه قال: كل ما يمنع الاستيفاء إلا بمعاوضة تمتنع الحوالة فيه. ولو كان لا يمنع الاستيفاء، بل يجب القبول، ولا يشترط رضا المستحق به: كتسليم الصحيح عن المكسر، والأجود عن الرديء، والحال عن المؤجل في بعض الأحوال - جازت الحوالة به وإن كان يفتقر إلى الرضا المجرد دون المعاوضة، ففيه وجهان، وهذا ما حكاه الإمام عن شيخه. انتهى كلامه.
وما توهمه من أن كلام «الوسيط» على العكس من ذلك الوجه ليس كذلك؛ فإن حاصل ذلك الوجه: أن الدين المحال عليه إذا كان أجود صفة من المحال به، جازت الحوالة، وسببه - كما قال الرافعي -: أنه يجوز للمحيل إعطاؤه، فإذا أحال المؤجل مثلا على الحال، فقد عجل. وكلام الغزالي يوافق الوجه؛ فإنه ذكر ثلاثة أقسام:
الأول: ما يتوقف على المعاوضة لاختلاف الجنس، ولا كلام فيه.
والثاني: ما لا يتوقف عليها، بل ولا على الرضا من المستحق كتسليم الصحيح عن المكسر؛ فتجوز الحوالة، فإذا لزمه مكسر فأحال بصحيح عنه جاز، وهذا الذي جزم به الغزالي هو الوجه المتقدم. وقد تقدم نقل تعليله عن الرافعي.
والثالث: ما يتوقف على الرضا دون المعاوضة، كما لو لزمه صحيح، فأحال عنه بمكسر - ففيه وجهان. هذا ما قاله الغزالي، وحاصله: أنه جزم بذلك الوجه، وذكر معه وجهين في حوالة الأجود على الأردأ ونحوه، وأما ما ادعاه من أن في «الوسيط» عكس ذلك الوجه حتى يحال بالجيد على الرديء مثلا دون العكس، فلا ذكر له في «الوسيط» ولا في غيره. [أ و].
(٤) في ج: الحلول. (٥) سقط في أ. (٦) في ج، د: قرض.

منع[١] لكونه يقابله قسط تقديرًا فالزيادة المحققة أولى.

فرع: لو كان له على رجلين ألف، على كل منهما خمسمائة، وكل منهما ضامن لصاحبه فيما عليه، فأحال بالألف رجلاً له عليه ألف على أنه يأخذ الألف من أيهما شاء - قال أبو العباس بن سريج: فيه وجهان:

أحدهما: لا تصح الحوالة؛ لأنها زيادة في حقه؛ لأنه كان له مطالبة واحد فصار له مطالبة اثنين، ولأن الحوالة بيع، فإذا كان الحق[٢] على اثنين كان المقبوض[٣] [منه مجهولاً، فصار العوض][٤] مجهولاً، وهذا ما اختاره القاضي أبو الطيب.

والثاني: يصح، [ويثبت للمحال][٥] عليهما ما كان ثابتًا للمحيل، وهذا اختاره الشيخ أبو حامد، وقال: الزيادة التي تمنع إذا كانت في القدر أو الصفة؛ ألا ترى أنه يجوز أن يحيله على من هو أملأ منه؟!

قال ابن الصباغ: ولو أحاله بدين لا رهن به على دين به رهن، ينبغي [أن يكون على هذا الاختلاف، أو ينبغي][٦] ألا يصح وجهًا واحدًا؛ لأن الرهن عقد وقع له فلا يقبل النقل إلى غيره، بخلاف الذي له على الضامن؛ لأنه يقبل النقل؛ ولهذا لو أحاله به وحده جاز [وينفك الرهن][٧].

قال: ولا يثبت فيها[٨] **خيار الشرط**؛ لأنها [إما بيع][٩] دين بدين، وهو لا يدخله الخيار، أو استيفاء حق، واستيفاء الحقوق لا خيار فيه.

قال: ولا خيار المجلس؛ لأنه عقد لا يثبت فيه خيار [الشرط؛ [لأجل القبض][١٠]؛ فلم يثبت فيه خيار المجلس كالنكاح.

قال: وقيل: يثبت فيه خيار][١١] **المجلس**؛ لما فيه من شائبة المعاوضات، وقد بنى البندنيجي الوجهين فيه على الخلاف في أنها بيع أو استيفاء، فقال: إن[١٢] قلنا: إنها استيفاء، فلا يثبت، وإلا ثبت.

---

(١) في أ: امتنع.
(٢) في جـ: الحوالة.
(٣) في جـ: القبض.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: للمحتال.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: فيه.
(٩) في أ: ابتياع.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في د.
(١٢) في أ: فإن.

ومقتضى هذا: أن يكون الصحيح الثبوت، و الذي حكاه الإمام والرافعي: أن الصحيح مقابله؛ ولذلك جعله القاضي الحسين المذهب.

والمذكور في «الحاوي»: بناء الوجهين على الوجهين في أنها بيع عين بدين، أو بيع دين بدين ؟ فإن قلنا بالأول ثبت، وإلا فلا.

وقد أجرى القاضي الحسين [هاهنا](١) والشيخ أبو محمد - على ما حكاه الإمام في باب الخيار وجه الثبوت في خيار المجلس دون خيار الشرط، وقال: إنه الأوجه إن لم يكن [من الخيار بد](٢).

فرع: لو احتال على شخص بشرط أن يعطيه المحال عليه بالحق رهنًا، حكى الماوردي في أواخر كتاب الرهن في صحة ذلك وجهين، وأنهما مبنيان على أنها بيع أو عقد إرفاق ؟ فإن قلنا: إنها بيع جاز، وإلا فالشرط باطل، وفي بطلان الحوالة وجهان.

وقال هاهنا: إن الخلاف مبني على أنها بيع عين بدين أو بيع دين بدين ؟ فإن قلنا بالأول صح اشتراط الرهن، وإن قلنا بالثاني فلا يصح.

وكذا الخلاف يجري فيما لو شرط أن يكون به ضامن - كما حكاه الإمام عن تخريج ابن سريج - فيجوز على القول [بأنها بيع، ويمتنع على القول](٣) بأنها استيفاء.

قال: وإذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل، وصار الحق في ذمة المحال عليه.

قال الماوردي: وهذا إجماع.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب وغيره أن زفر قال: لا يبرأ؛ كما لا يبرأ الضامن.

ودليلنا: أن الحوالة مشتقة من التحويل؛ فينبغي أن يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق، وليس كذلك الضمان؛ فإن اشتقاقه من انضمام(٤) ذمة إلى ذمة أخرى؛ فلذلك(٥) تعلق الحق بذمة الضامن وذمة المضمون عنه، كذا قاله القاضي.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: بد من الخيار.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: ضم.
(٥) في أ: وكذلك.

وفي كلام الإمام في باب الضمان ما يمنع ما ادعاه من الاشتقاق؛ فإنه قال: وغلط من ظن أن الضمان من الضم؛ فإن النون أصلية في «الضمان» شهدت لها التصاريف، نعم فيه معنى الضم.

وأيضا: فإن المحتال لو أبرأ المحيل بعد الحوالة لم يبرأ المحال عليه، و[لو](١) لم ينتقل الحق، وكان المحال عليه كالضامن لبرئ.

فرع: لو اشترط ألا تبرأ ذمته من المال [المحال به حتى يقبضه، وقد أحاله على من له عليه دين -] فهل تصح هذه الحوالة ؟

فيه وجهان في «الاستقصاء» كالوجهين في صحة اشتراط الضمان بمال الحوالة.

قال: فإن تعذر من جهته، [أي: بفلس في الحياة، أو بموت المحال عليه مُعدَمًا، أو بجحوده وحلفه](٢) - لم يرجع على المحيل؛ لقوله ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ، فَلْيَتْبَعْ»(٣) قال الماوردي وغيره: وجه الدلالة منه من وجهين:

أحدهما: أنه لو كان له الرجوع لما كان لاشتراط الملاءة فائدة؛ لأنه إن(٤) لم يصل إلى حقه رجع به، فلما شرط الملاءة علم أن الحق قد انتقل بها انتقالاً لا رجوع به؛ فاشترط الملاءة حراسة لحقه.

والثاني قوله: «فَلْيَتْبَعْ» فأوجب عموم الظاهر اتباع المحال عليه أبدًا(٥)، أفلس أو لم يفلس.

ومن جهة المعنى: أن الحوالة تجري مجرى القبض؛ لأمرين:

أحدهما: أنه صرف(٦) يجوز الافتراق(٧) فيه، فلولا أنه قبض لبطل الافتراق(٨).

والثاني: أن المحيل لو مات جاز لورثته اقتسام(٩) التركة.

فدل هذان على أن الحق مقبوض، والحقوق المقبوضة إذا تلفت لم يستحق الرجوع بها كالأعيان المقبوضة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) في د: لو.
(٥) في د: ابتداء.
(٦) في أ: تصرف.
(٧) في جـ: الاقتران.
(٨) في جـ: بالاقتران.
(٩) في أ: انقسام.

وبهذا يندفع سؤال من قال: إن الحقوق المستقرة في الذمة تنتقل تارة إلى ذمة أخرى بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة، فلما كان تلف العين قبل قبضها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى وجب أن يكون تلف الذمة بالموت قبل القبض كذلك.

ومن قال: إن خراب الذمة إما أن يجري مجرى العيب أو مجرى الاستحقاق: فإن جرى مجرى الاستحقاق فقد عاد الحق إلى الذمة وهذا يمنعه، وإن جرى مجرى العيب كان مخيرًا في الرجوع إلى الذمة الأولى.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يشترط ملاءة المحال عليه فيظهر معسرًا أو لا، على ما حكاه المزني.

وقد حكي عن ابن سريج أنه قال: يثبت له الخيار إذا شرط ملاءته فأخلف[١] الشرط؛ لأنه لما رجع المشتري في البيع[٢] بالغرور [في العيب، وجب أن يرجع المحال عليه في الغرور باليسار، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد كما حكاه البندنيجي، وقال الماوردي وغيره: إنه خطأ. والفرق: أن إعسار المحال عليه قد يصل إليه من غير جهة المحيل؛ فلم يكن له الرجوع بها مع الغرور][٣]، والعيوب قد لا يصل إليها إلا من جهة البائع؛ فلذلك[٤] رجع بها مع الغرور.

وفي «النهاية» حكاية وجه: أنه يثبت له بالخيار، وإن لم يشترط ملاءته؛ فإن ذلك بمنزلة العيب القديم، وجعل هذا الخلاف يقرب من الخلاف في أن الحوالة: هل يلحقها خيار المجلس والشرط ؟ وهذا ما رجحه الغزالي، والجمهور على خلافه.

فرع: لو شرط في الحوالة الرجوع على المحيل بتقدير الإفلاس والجحود، ففي صحة الحوالة وجهان، [وإن صحت، ففي صحة الشرط وجهان][٥] حكاهما ابن كج.

فرع: لو بان المحال عليه عبدًا، نظر:

إن كان عبدًا لأجنبي، فإن قلنا: للمحتال[٦] الخيار عند إفلاس المحال عليه فها هنا أولى.

---

(١) في أ: وأخلف.
(٢) في أ، د: المبيع.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ولذلك.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: للمحال.

وإن لم نثبت[(١)] [له][(٢)] ثَمَّ فهاهنا وجهان؛ إذ [طرآن][(٣)] العتق ليس مما يعد من ميسور الأمول، بخلاف اليسار.

وإن كان عبدًا للمحيل، ففي «الاستقصاء»: أنه إن كان مأذونًا له صحت، ولا يبرأ السيد حتى يعطيه العبد مما في يده؛ لأنه بمنزلة الإذن له في القبض من وكيله، وإن لم يكن مأذونًا فوجهان:

أصحهما: أنه لا يصح؛ لأنه لا[(٤)] يتم إلا برضا العبد فهو كما لو أحال على نفسه.

والثاني: [أنه][(٥)] يصح برضا العبد، ويكون ضامنًا، وما قاله محمول على ما إذا لم يكن له عليه دين، [وسنذكر تصوير ما إذا كان له عليه دين][(٦)].

وفي «النهاية»: أن صاحب «التقريب» قال: إن كان العبد كسوبًا تعلق الدين بكسبه، وإن لم يكن كسوبًا فبذمته.

قال الإمام: [و][(٧)] هذا خطأ[(٨)]، والوجه أن يقال: العبد لا يتصور أن يكون للسيد عليه دين يتعلق بذمته أو كسبه إلا فيما إذا ملكه وله عليه [دين][(٩)] على وجه، فإن لم يكن كذلك فالحوالة باطلة، إن لم نجوز الحوالة على من لا دين عليه، وإن جوزناها فهي [ضمان][(١٠)]، وسيأتي.

وإن كان له عليه دين، وقلنا: لا يسقط، فأحاله به - صحت الحوالة، وكان كما لو كان لأجنبي.

قال: وإن أحال البائع على المشتري رجلاً بالمال، أي: الذي هو ثمن، ثم خرج المبيع مستحقًّا - بطلت الحوالة، وكذا لو خرج العبد المبيع حرًّا؛ لأن الحوالة وقعت بالثمن، وقد بان أن لا ثمن، فإن لم يكن المحتال قد قبض المال فلا مطالبة له، وإن كان قد قبضه فعليه رده، والمراد بخروج المبيع مستحقًّا: ظهور كونه [ملكًا][(١١)] لغير البائع: [إما ببينة، وإما][(١٢)] بتقارُرِ البائع والمشتري

---

(١) في د: يثبته.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: لم.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: خبط.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في جـ: أو.

والمحتال، وكذا ظهور حرية العبد المبتاع[١].

فلو[٢] صدَّق العبد في دعوى الحرية البائع والمشتري، وكذبهما المحتال - لم تبطل الحوالة، إلا أن تقام بينة عليها.

قال الرافعي وغيره: وهذه البينة يتصور أن يقيمها العبد، ويتصور أن يبتدئ بها الشهود على سبيل الحِسْبة.

قال صاحب «التهذيب»[٣]: ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بالدخول[٤] في البيع، وكذلك ذكر الروياني.

قلت: وفيما قيل من إمكان إقامة البينة من العبد نظر؛ لأن المشتري إذا صدق العبد في دعوى الحرية عَتَقَ، ولا يتوقف عتقه على تصديق المحتال؛ فدعواه عليه غير مسموعة، وبينته من طريق الأولى، وقد وقفت في «تعليق» أبي الطيب على تصوير المسألة بما إذا اشترى عبدًا بألف وقبضه، ثم باعه، وأحال على المشتري الأول البائع منه بالألف رجلاً، ثم تصادق البائع الأول والمشتري منه على أن العبد حر، ولم يصدقهما المشتري الثاني، فإن كان إطلاق الأصحاب محمولاً على هذه الصورة فقد اندفع الإشكال؛ فإن العبد والحالة هذه لا يحكم بحريته. والله أعلم.

وللبائع والمشتري عند عدم البينة تحليف المحتال على نفي العلم، فإن حلف بقيت الحوالة في حقه، وله أخذ المال، وهل يرجع المشتري على البائع المحيل بشيء ؟ قال في «التهذيب»: لا؛ لأنه يقول: ظلمني المحتال بما أخذ، والمظلوم لا يرجع إلا على من ظلمه.

وقال الشيخ أبو حامد، والقاضي ابن كج، والشيخ أبو علي: يرجع؛ لأنه قضى دينه بإذنه، فعلى هذا: يرجع إذا دفع المال إلى المحتال، وهل يرجع قبله ؟ فيه وجهان.

فإن نكل المحيل حلف المشتري، ثم إن جعلنا اليمين كالإقرار بطلت الحوالة، وإن جعلناها كالبينة فالحكم كما لو حلف.

قلت: وفي هذا - أيضا - نظر من وجهين:

---

(١) في ج: المباع.
(٢) في أ: ولو.
(٣) في ج: التقريب.
(٤) في ج: في الدخول.

أحدهما: أن سماع الدعوى من البائع على المحتال بماذا ؟ فإنه بعد وقوع الحوالة غير مطالب، ولا له حق بزعمه عند المشتري حتى إذا بطلت الحوالة رجع به.

الثاني: أن تحليف المشتري مع القول بأن يمينه مع النكول كالبينة لا معنى له؛ إذ لا يترتب عليه شيء؛ فينبغي ألا يحلف كما ذكره الأصحاب في غير هذا الموضع، وطريق الجواب عن دعوى البائع أن يقال: البائع له إجبار من له عليه حق حال قبضه على الصحيح فيحضره إليه، ويدعى عليه استحقاق قبضه بحكم بطلان الحوالة بسبب حرية العبد الذي أحاله بثمنه، والله أعلم.

قال: وإن وجد[١] **بالمبيع عيبًا فرده لم تبطل الحوالة**؛ لأن بمجرد الحوالة انتقل ملك البائع عن الثمن إلى المحتال فلم يكن للمشتري إبطال ذلك بالرجوع؛ كما لو كان الثمن عينا فباعها من أجنبي.

قال: بل يطالب المحتال المشتري بالمال [بحكم الحوالة][٢] لبقاء ملكه عليه، ويرجع المشتري على البائع [به][٣]، أي: ببدله [كما يقول ذلك فيما لو كان [الثمن][٤] عينًا وقد خرج][٥] عن ملكه. وهذا الذي ذكره الشيخ هو الصحيح في الطرق، وادعى ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب في «تعليقه» إجماع الأصحاب عليه.

وفي «النهاية»: أن منهم من ألحق هذه الصورة بالتي تليها[٦]، وعلل بأن الحوالة وإن تعلقت باستحقاق ثالث فإنها تبع للبيع، والتبعية لا تزول، ثم قال: وهذا وإن كان منقاسًا فهو غريب، حكاه العراقيون والقاضي وغيرهم.

قلت: ويؤيد الحكاية عن العراقيين: أن القاضي أبا الطيب في «شرح الفروع» لابن الحداد حكى فيما إذا أحالت الزوجة على الزوج بالصداق، ثم طلقها قبل الدخول وقبض المحتال - أن من أصحابنا من قال: لا يرجع الزوج عليها بشيء، ويدفع [إليها][٧] الزوج نصف الصداق، وأن الصحيح ما قاله ابن الحداد، وهو أنه يرجع عليها بنصف الصداق.

---

(١) زاد في التنبيه: المشتري.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ، د: قبلها.
(٧) سقط في د.

ثم لا فرق على الصحيح بين أن يكون المحتال قد قبض المال أو لم يقبضه، وفيه قول [آخر][(١)]: أنه لا يرجع عليه ما لم يقبضه، وله مطالبته بقبضه على الأصح.

قال: وإن أحال المشتري البائع بالثمن على رجل، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبًا فرده، فإن كان بعد قبض الحق لم تنفسخ الحوالة؛ لأنها تمَّت بالقبض بالمحصل؛ لبراءة ذمة المحال عليه.

قال: بل يطالب المشتري البائع بما قبض، أي: ببدله، ولا يتعين حقه [في][(٢)] المقبوض لصحة الحوالة، وهذا ما حكى الرافعي أن العراقيين جزموا به، وأن الشيخ أبا علي [قال:][(٣)] ومن الأصحاب من خرج ذلك [أيضًا][(٤)] على القولين فيما لو[(٥)] وجد فسخ البيع ولم يقبض المال بعد، وعلى ذلك جرى البغوي والمتولي وغيرهم.

قلت: وكلام[(٦)] ابن الصباغ يدل على ذلك؛ فإنه قال: إذا قبض المال برئت ذمة المحال عليه.

وهل يرجع المشتري على البائع بالثمن المسمى أو بما قبضه من المحال عليه؟ فيه خلاف سنذكره، ولا وجه لرجوعه بما قبضه من المحال عليه إلا إذا قلنا بأن الحوالة انفسخت ولهذا قال الأصحاب: إذا قلنا بالانفساخ وجب عليه رد المال المقبوض إلى المشتري، وإنه لو رده على المحال عليه لم تسقط طَلِبَة[(٧)] المشتري عن البائع.

قال: وإن كان قبل قبض الحق فقد قيل: تنفسخ؛ لأن الحوالة وقعت بالثمن، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمنًا، [وإذا خرج عن أن يكون ثمنًا][(٨)] ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة، وبهذا فارقت هذه المسألةُ المسألةَ قبلها.

وهذا ما حكاه المزني في «المختصر»، وجزم به أبو إسحاق وابن أبي هريرة

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) في أ: إذا.
(٦) في أ: وبعد.
(٧) في أ: طلب.
(٨) سقط في أ.

وأبو الطيب بن سلمة، وأكثر أصحابنا، على ما حكاه الماوردي.

فعلى هذا: ليس له قبض المال، ولو قبضه لم يقع[(١)] عنه، وفي وقوعه عن المحيل وجهان عن الشيخ أبي محمد، وأصحهما: لا.

قال: وقيل: لا تنفسخ؛ لأنه تصرف في أحد عوضي البيع قبل الرد [فلا يبطل بالرد][(٢)] بالعيب كما لو أخذ عنه ثوبًا، وهذا ما حكاه أبو إسحاق في «الشرح» عن نقل المزني في «الجامع الكبير»، وجزم به أبو علي الطبري في «الإفصاح».

وحمل ما [حكي عن][(٣)] المزني في «المختصر» على الخطأ، وتابعه على الجزم به ابن الحداد، والأكثرون من أصحابنا، كما قاله القاضي في «شرح الفروع» وقال: إنه الصحيح.

والقائلون بالطريق الأول منهم من حمل ما حكي عن نصه في «الجامع الكبير» على ما إذا كان حدوث العيب ممكنًا بعد القبض، وكان القول في حدوثه قول البائع مع يمينه، فنكل عن اليمين، فردت على المشتري، فحلف واستحق الرد، فالحوالة ثابتة لا تبطل؛ [لأن الحوالة تبطل][(٤)] باتفاق المحيل والمحال عليه كما كان تمامها بهما، وإذا أنكر البائع تقدم العيب صار بطلانها لو بطلت بقول المحتال وحده وهو المشتري.

وما قاله في «المختصر» [محمول][(٥)] على ما إذا كان العيب متقدمًا، ولا يجوز حدوث مثله بعد القبض، وهذه طريقة أبي إسحاق.

وقال القاضي أبو حامد المرْوَرُّوذِي: طلبت ما نسب إلى المزني في «الجامع الكبير» فلم أجده في شيء منها، بل وجدت فيها خلاف ذلك.

وكذلك قال الماوردي: إن هذه الطريقة أسوأ الطرق.

فعلى هذا: له مطالبة المحال عليه وقبض الحق منه، وهل يرجع على البائع بالثمن قبل القبض؟ فيه وجهان، وأقيسهما عند الإمام: الرجوع، والأصح عند الصيدلاني: أنه لا يرجع، فعلى هذا له مطالبته بتخليصه على الأصح، وفيه وجه.

وفي «النهاية»: أن الجمهور جعلوا إطلاق النقلين من المزني قولين، وبنوهما

---

(١) في جـ: ارتفع.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: حكاه.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ، د.

على أن الحوالة استيفاء أو معاوضة.

فإن قلنا: إنها استيفاء، انفسخت الحوالة؛ لأنها على هذا التقدير - نوع إرفاق ومسامحة ؛ فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق التابعة[١] له؛ كما إذا اشترى شيئًا بدراهم مكسرة، وتطوع بأداء الصحاح[٢] ثم رده بالعيب - فإنه يسترجع الصحاح.

وإن قلنا: إنها اعتياض، لم تبطل؛ كما لو استبدل عنه عينًا، ثم رد المبيع بالعيب؛ فإنه لا يسترد العين.

على أن القاضي أبا الطيب والروياني منعا الحكم في هذه المسألة، وجعلاها كمسألة الحوالة، والذي رجحه القاضي ابن كج والغزالي من القولين - قول الانفساخ.

ثم اعلم أن محل الخلاف بالاتفاق: ما إذا كان الرد بعد قبض المبيع، أما إذا كان قبله: فمنهم من جزم بالانفساخ، ومنهم من طرد الخلاف وهو الأصح.

وفي «الحاوي»: تخصيص محل القولين في انفساخ الحوالة بما إذا وقع الرد بالعيب بحكم الحاكم، ووافق المحتال على أن ما وقعت الحوالة به هو الثمن، أما إذا لم يوافق [على ذلك، أو وافق][٣] ووقع فسخ البيع بينهما من غير حاكم - فلا تبطل الحوالة وجهًا واحدًا، وحكم الفسخ[٤] بسبب الإقالة أو[٥] التخالف وغيرهما حكم الفسخ بالعيب.

وعلى رأي الماوردي ينبغي ألا يجري في الإقالة، كما إذا توافقا على الرد بالعيب من غير حاكم من طريق الأَوْلى.

وقد ألحق الإمام وغيره بذلك فسخ النكاح بالعيب وانفساخه بالردة والرضاع، إذا كان الدين الحال به صداقًا، وأجري أيضًا فيما إذا طلق الزوج [قبل][٦] الدخول.

ومنهم من جعل الخلاف في ذلك مرتبًا على الخلاف في غيره، وأولى بعدم الانفساخ، وهو ما جزم به ابن الحداد.

---

(١) في أ: المانعة.
(٢) في جـ: الصحيح.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: القسمة.
(٥) في أ: و.
(٦) سقط في أ.

والفرق: أن الطلاق سبب حادث، لا استناد له إلى ما تقدم، بخلاف الفسخ، ولأن الصداق أثبت من غيره، وكذلك لو زاد زيادة متصلة، لم يرجع في نصفه إلا برضاها، بخلاف ما إذا كانت في المبيع.

قال: وإن اختلف المحيل والمحتال، فقال المحيل: وكلتك في القبض، وقال المحتال: بل أحلتني.

نقدم[١] على الكلام في هذه مسألةً وهي:

إذا[٢] قال رجل لمن لا حق له عليه: أحلتك على فلان بما لي عليه، كانت وكالة في جميع أحكامها، صرح بذلك صاحب «الاستقصاء» وغيره، وحكاه المتولي عن ابن سريج.

ثم قال: وهذا على طريقة من ينظر إلى المعنى عند استعمال اللفظ في غير موضوعه، أما على طريقة من يعتبر اللفظ فلا تنعقد وكالة، وعلى الأول: إذا جرى مثل هذا اللفظ مع من له عليه دين وقال: قبلت، ثم اختلفا، وهي صورة مسألة الكتاب، فقال المحيل: أردت الوكالة، وقال المحتال: بل الحوالة - قال: فالصحيح أن القول قول المحيل؛ لأنهما اتفقا على ملك المحيل للدين، والمحتال يدعي انتقال الدين إليه وبراءة ذمة المحيل به، والأصل عدمه، ولفظ الحوالة كما يستعمل في نقل الحق يستعمل في نقل المطالبة، وهذا ما ذهب إليه المزني وأكثر الأصحاب؛ كما حكاه الرافعي.

قال: وقيل: [إن][٣] **القول قول المحتال**؛ لأن ظاهر اللفظ وافق دعواه، فكان حمل الحكم على ما يقتضيه ظاهر اللفظ أولى من حمله على ما يخالفه، وهذا ما ذهب إليه ابن سريج، وحكى الرافعي عن القاضي الحسين القطع به، وأنه حمل ما حكي عن المزني على ما إذا اختلفا في أصل اللفظ، فقال المحيل: وكلتك بلفظ الوكالة، وقال المحتال: بل أتيت بلفظ الحوالة وأردتها، فإن القول قول المحيل بلا خلاف.

والذي رأيته في «تعليقه» تصحيحه لا القطع به.

وفي «تعليق» البندنيجي: أن ابن سريج حكى الوجهين، وقال: [إن][٤] أصلهما

---

(١) في د: نقدر.
(٢) في أ: ما إذا.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) سقط في أ.

القولان فيما إذا ضرب ملفوفًا فقده نصفين، ثم اختلف هو وورثته في حياته[١]، فإن فيه قولين؛ لتقابل أصلين: بقاء الحياة، وبراءة الذمة، وكذلك هاهنا أصلان: بقاء حق المحيل في ذمة المحال عليه، وقول المحيل: أحلتك على زيد، حقيقة في تحويل الحق.

أما لو قال: أحلتك على فلان بما لك علي، فلا خلاف في أن هذا حوالة، صرح به في «الاستقصاء» وغيره، وفي «النهاية»: أن منهم من أجرى ذلك وجهًا ثالثًا، وأن هذا لا يجوز أن يقدر فيه خلاف.

التفريع:

إن قلنا بقول ابن سريج فلا يخفى حكمه.

وإن قلنا بقول المزني: فإن كان المحتال لم يقبض الحق بعد، لم يكن له قبضه، فلو قبضه فهل يكون مضمونًا عليه؛ فيه وجهان[٢].

قال الماوردي: مأخوذان من اختلاف أصحابنا، في أن هذه وكالة فاسدة أو حوالة فاسدة؟

فإن قلنا: وكالة فاسدة، لم يضمن، وإلا ضمن.

وإن[٣] كان قد قبضه برئ المحال عليه.

وحكى الرافعي عن الإمام رواية وجه ضعيف عن صاحب «التقريب»: أنه لا يبرأ، والذي فهمته من كلام الإمام ما حكيته عن الماوردي من قبل[٤].

---

(١) في د: جنايته.　　(٢) في أ: فوجهان.　　(٣) في أ: فإن.

(٤) قوله: وإذا قال لمن له عليه دين: أحلتك علي فلان، فقبل، ثم اختلفا، فقال: أردت الوكالة، وقال المحتال: بل أردت الحوالة - فالصحيح، وبه قال المزني: أن القول قول المحيل.
ثم قال: فإن قلنا بقول المزني، فإن كان المحتال لم يقبض الحق بعد، لم يكن له قبضه، فلو قبضه فهل يكون مضمونا عليه؟ فيه وجهان.
قال الماوردي: مأخوذان من اختلاف أصحابنا في أن هذه وكالة فاسدة أو حوالة فاسدة؟
فإن قلنا: وكالة فاسدة، لم يضمن، وإلا ضمن.
وإن كان قد قبضه برئ المحال عليه.
وحكى الرافعي عن الإمام رواية وجهٍ ضعيف عن صاحب «التقريب»: أنه لا يبرأ، و الذي فهمته من كلام الإمام: ما حكيته عن الماوردي من قبل. انتهى كلامه.
وما ادعاه من مغايرة كلام الإمام لما نقله عنه الرافعي، وتنزيل ذلك على ما قاله الماوردي - غلط عجيب، بل الموجود في «النهاية» كما نقل الرافعي؛ فإنه ذكر المسألة في أواخر الباب، وحكى عن =

فعلى الصحيح: إن كان المال باقيًا انتزعه المحيل منه، وهل يرجع عليه المحتال بشيء؟ فيه وجهان:

أصحهما في «الشامل» و«التتمة» وغيرهما: أن له الرجوع.

واختيار الشيخ أبي حامد: لا.

وإن كان تالفًا فلا تراجع بينهما؛ لأن المحيل يقول: تلف عليَّ ملكي في يدك، والمحتال يقول: تلف بعد أن أخذته من حقي.

قال: وإن قال المحيل: أحلتك، وقال المحتال: بل وكلتني وحقي باقٍ عليك - فالأظهر أن القول قول المحتال؛ لأنهما توافقا على شغل ذمة المحيل وهو يدعي براءتها بالحوالة، والأصل بقاء الشغل، وهذا قول المزني.

قال: وقيل: القول قول المحيل؛ اعتبارًا بالظاهر كما[1] قررناه، وهذا قول ابن سريج.

قال الرافعي: [وقد حكي][2] عن القاضي الحسين القطع به.

التفريع:

إن قلنا بمذهب المزني نظر:

فإن لم يكن المحتال قد قبض المال لم يجز له قبضه، ويرجع على المحيل بحقه، وهل للمحيل أن يرجع بما أحال به على المحال عليه في الظاهر ؟ فيه وجهان.

وإن كان قد قبضه وهو باقٍ قيل للمحتال: [خذه][3] في حقك، وفي «الوسيط» حكاية وجهين:

أحدهما: أنه يطالبه بحقه ورد[4] المقبوض إليه.

والثاني: ما ذكرناه.

= صاحب «التقريب» خلافا فيما إذا صدقه المحيل: هل يكون ذلك بمثابة حوالة فاسدة أم لا؟ ثم قال ما نصه: فإن قلنا: إن سبيله سبيل الحوالة الفاسدة، فإذا كان المحال عليه سلم المال إلى المحتال فهل يبرأ بالتسليم إليه عما عليه؟ فعلى وجهين ذكرهما، يعني صاحب «التقريب». هذا لفظه بحروفه، والعجب كيف قال المصنف ما قال مستدركًا به على غيره لا سيما الرافعي. [أ و].

(١) في أ: لما.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وبرد.

وإن كان تالفًا نظر:

إن كان بتفريط منه كان من ضمانه، وإن كان بغير تفريط تلف من مال المحيل، وحق المحتال باق في ذمة المحيل، جزم به الماوردي، وفي «تعليق» البندنيجي رواية وجه: أن المال يتلف من ضمان المحتال، وأنه ليس بشيء.

ووجهه الإمام بعد حكايته عن رواية صاحب «التقريب» بأنا إنما جعلنا القول قوله؛ لأن الأصل بقاء طَلِبته[(١)] على الآخر، وهو يدعي استيفاءه، فإذا آل الأمر إلى الغرامة فالأصل أن ماله لا يكون أمانة إلا أن يقر بها، ومن تلف في يده ملك غيره فالأصل أن يكون مضمونًا عليه.

وإن قلنا: [بمذهب ابن سريج][(٢)] فيحلف المحيل - كما قال [القاضي][(٣)] أبو الطيب - بالله: لقد أحلته وما وكلته؛ فيبرأ في الظاهر من الدين، ثم ينظر:

فإن لم يكن قد قبض المال من المحال عليه فله مطالبته به في الظاهر والباطن؛ لأنه قد ثبت أنه محتال فله مطالبته بالحوالة، وهو مقر بأنه وكيل وأن له المطالبة بالوكالة؛ فلم يكن ثم ما يمنع من المطالبة [به][(٤)].

فرعان:

أحدهما: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم، فطالبه به، فادعى أنه أحال [به][(٥)] فلانًا الغائب - فالقول قول رب الدَّيْن، فإن أقام المديون بينة بالحوالة سمعت وسقطت المطالبة عنه[(٦)]، ولا يقضى بها للغائب على من له الدين؛ لأن القضاء للغائب لا يجوز، فإذا حضر الغائب وادعى احتاج إلى إقامة البينة حتى يقضى له بها، كذا قاله [القاضي][(٧)] أبو الطيب.

وفي «الزوائد» حكاية عن ابن سريج: أنه لا حاجة عند حضوره إلى إقامته[(٨)] البينة؛ لأنه إنما يدعي بالحوالة على المحال عليه وهو مقر [له][(٩)]. وهذا ما أبداه في «الاستقصاء» احتمالاً.

---

(١) في أ: طلبه.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: بها.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: إقامة.
(٩) سقط في أ.

وقد حكى الرافعي ما[١] ذكرناه أولا وآخرا وجهين.

الثاني: إذا أحال رجل من له عليه دين على زيد به، فدفعه، ثم اختلف زيد والمحيل: فقال زيد: لم يكن لك عندي شيء، فلي الرجوع عليك بما دفعته، وقال المحيل: بل كان لي عليك - فالقول قول زيد مع يمينه، وله الرجوع على المحيل، صرح به صاحب «الزوائد» وغيره. والله أعلم.

* * *

(١) في أ: فيما.

باب الضمان

«الضمان» مأخوذ من «التضمين».

ومعناه: تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه، مع بقائه في ذمة من عليه.

واختصاره: ضم ذمة إلى ذمة.

وهو مصدر: ضَمِنته أضمَنُه ضمانًا: إذا كفلته، ويقال: ضمن الشيء، وضمن به [ضَمْنًا و][1] ضمانًا، وضمَّنه إياه: أي كَفَّله.

والضامن: يسمى الضمين، والحميل - بفتح الحاء - والزعيم، والكفيل، والصبير.

قال الماوردي: غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العِظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع، والضمان يصح بكل واحد منها ويلزم[2].

والأصل في مشروعيته من الكتاب قوله تعالى: ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠]، وقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢].

وذلك يدل على مشروعية الضمان في الجملة عندهم.

وقد ورد[3] في شرعنا ما يقرره، وهو ما روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»[4] وقال: إنه حديث حسن صحيح[5].

وروى أبو سعيد الخدري: أن جنازة أُتِيَ بها إلى النبي ﷺ فقال: «هَلْ عَلَى

---

(١) سقط في د.

(٢) هو التزام ما في ذمعة الغير من المال . ينظر: المحلى على المنهاج (٢/ ٣٢٣).

(٣) في ج: جاء. (٤) تقدم.

(٥) قوله: وهو ما روى الترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «والزعيم غارم»، وقال: إنه حسن صحيح. انتهى.
واعلم أن الموجود في نسخ «الترمذي» إنما هو تحسينه. نعم، أخرجه ابن حبان في صحيحه. [أ و].

صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟» فقالوا: نعم، درهمان، قال: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ» فقال عليٌّ: هما عليَّ يا رسول الله، وأنا بهما ضامن؛ فصلى عليه، ثم قال له: «جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الإِسْلامِ خَيْرًا، وفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ»(١).

وقد روي عن أبي قتادة أنه ضمن عن ميت دينارين.

وفي البخاري: أنه أتي بجنازة، فقيل: يا رسول الله، صلِّ عليها، قال: «هَلْ تَرَكَ شَيْئًا؟» قالوا: لا، قال: «هَلْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ؟» قالوا: ثلاثة دنانير، فقال: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ» قَالَ أَبُو قَتَادَةَ : صَلِّ عَلَيْهِ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَيَّ دَيْنُهُ، فَصَلَّى عَلَيْهِ(٢).

قال جابر: كان في ابتداء الإسلام لا يصلي النبي ﷺ على جنازة عليها دين، حيث كان في الأموال قلة؛ لأن صلاته توجب المغفرة إذ هي شفاعة، وهو ﷺ مُشَفَّع(٣) في أمته، والديون معاقب عليها، فلما كثرت الأموال نسخ ذلك فقال ﷺ: «مَنْ خَلفَ مَالًا أَوْ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ خَلفَ كَلًّا أَوْ دَيْنًا فَكَلُّهُ إِلَيَّ وَدَيْنُهُ عَلَيَّ» فقيل: يا رسول الله، وعلى كل إمام بعدك ؟ فقال: «وَعَلَى كُلِّ إِمَامٍ بَعْدِي»(٤).

واختلف العلماء - على ما حكاه الماوردي - في معنى قوله ﷺ: «مَنْ خَلفَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ خَلفَ دَيْنًا فَعَلَيَّ» على وجهين:

أحدها: أنه إذا مات وعليه دين، قضاه من مال الصدقات من سهم الغارمين، ومن مات ولا دين عليه وله مال، كان لورثته.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٧٨)، في البيوع، حديث (٢٩١، ٢٩٢)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٧٣) في كتاب الضمان، باب: وجوب الحق بالضمان.

(٢) أخرجه البخاري (٤/ ٥٤٥) في كتاب الحوالة، باب: إن أحال دين الميت على رجل جاز (٢٢٨٩)، وفي كتاب الكفالة (٥/ ٥٥٤)، باب: من تكفل عن ميت دينًا (٢٢٩٥).

(٣) في جـ: شفيع.

(٤) أخرجه البخاري (٥/ ٢٤٤) كتاب الكفالة، باب: الدين، برقم (٢٢٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣٧) كتاب الفرائض، باب: من ترك مالًا فلوثته، برقم (١٤/ ١٦١٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، قال الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ١١٩) بعد أن ذكر الحديث: «صدر هذا الحديث ثابت في الصحيحين من حديث أبي هريرة، ومن قوله: «قيل: يا رسول الله... إلى آخره» سبق المصنف إلى ذكره القاضي حسين، والإمام، والغزالي، وقد وقع معناه في الطبراني الكبير، من حديث زاذان عن سلمان ا هـ مختصرًا.

قلت: أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٦/ ٢٤٠) برقم (٦١٠٣) ولفظه: «من ترك مالاً فلورثته ومن ترك دينا فعليَّ، وعلى الولاة من بعدي من بيت مال المسلمين».

والثاني: أن من ترك دينًا له ومالاً، فَعَليَّ اقتضاء الدين له، واستخراجه ممن هو عليه حتى يصير مع ماله تركة إلى ورثته.

[ولأجل هذا الاختلاف، اختلف أصحابنا في أنه: هل كان يجب عليه ﷺ قضاء ديون من مات ولا مال له أم لا ؟ على وجهين، أصحهما في «النهاية» في أول كتاب النكاح: نعم، وعلى هذا: هل يجب مثل ذلك على الأئمة من بعده أم لا ؟ فيه وجهان][١].

[وبالتفسير الثاني أخذ من لم يوجب من أصحابنا على الأئمة قضاء [ديون][٢] المَوْتَى، إذا قلنا بأن ذلك كان حتمًا على النبي ﷺ؛ كما هو الأصح في «النهاية» في أول كتاب النكاح.

ومن قال منهم بأنه يجب على الأئمة ذلك من سهم المصالح، تمسك بظاهر الخبر، وفسره بالتفسير الأول][٣].

وقد أجمع المسلمون على أصل الضمان، وإن اختلفوا في التفصيل.

قال: من صح[٤] **تصرفه في ماله بنفسه صح ضمانه**، [أي: سواء كان المضمون عنه حيًا أو ميتًا:

أما إذا كان ميتا؛ فلحديث علي وأبي قتادة][٥].

وأما إذا كان حيًّا فلما روى عكرمة، عن ابن عباس - رضي الله عنهم - أن رسول الله ﷺ تحمل عن رجل عشرة دنانير، وأنه أتى له بها فردها النبي ﷺ عليه[٦]. وروي أن قَبِيصة بن المخارق[٧] الهلالي تحمل حمالة، فأتى النبي ﷺ فقال له: «نُؤَدِّيهَا عَنْكَ يَا قَبِيصَةُ» ثم قال ﷺ: «حَرُمَتْ الْمَسْأَلَةُ - أَوْ قَالَ: لَا تَحِلُّ الْمَسْأَلَةُ - إِلَّا لِثَلَاثَةٍ: رَجُلٍ تَحَمَّلَ حَمَالَةً، فَيَسْأَلُ حَتَّى يَقْضِيهَا، ثُمَّ يُمْسِكُ»[٨].

وقد حكى الرافعي عن أبي الحسين: أن من الأصحاب من لم يصحح ضمان

---

(١) سقط في جـ. (٢) سقط في أ. (٣) سقط في د.
(٤) في جـ، د: يصح. (٥) سقط في أ.
(٦) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٢) كتاب البيوع، باب: في استخراج المعادن، برقم (٣٣٢٨)، وابن ماجه (٤/ ٦٧) كتاب الصدقات، باب: الكفالة، برقم (٢٤٠٦)، والطبراني في الكبير (١١/ ٢١٨)، برقم (١١٥٤٧).
(٧) في جـ: محارب.
(٨) أخرجه مسلم (٢/ ٧٢٢) كتاب الزكاة: باب من تحل له المسألة حديث (١٠٩/ ١٠٤٤).

الأخرس بالإشارة، وقال: لا ضرورة بنا إليه، بخلاف سائر التصرفات، وأنه لو ضمن بالكتابة كان في الصحة أيضًا وجهان، أظهرهما: الصحة عند وجود القرينة المشعرة بالمقصود.

قال: ومن لا يصح تصرفه في المال كالصبي، والمجنون، [أي: ومن [في معناهما من مغمى عليه][1] أو مُبَرْسَمٍ أو سكران بغير مُحَرَّم.

قال: والمحجور عليه لسفه لا يصح ضمانه؛ لأنه إيجاب مال بعقد فلم يصح ممن ذكرناه كالبيع.

أما السكران بمحرم فقد قدمت الكلام في تصرفاته في باب الحجر، وسيأتي في كتاب الطلاق، وقد قال الماوردي هنا: إن ضمانه صحيح على الجديد، ويجيء قول آخر من القديم: أن ضمانه باطل.

وعن السفيه احترز الشيخ بقوله: بنفسه[2]؛ لأنه يصح تصرفه في ماله بإذن وليه على الأصح.

واحترز عنه الغزالي بقوله: وكونه من أهل التبرع.

وهو ما نَحَا إليه الإمام؛ فإنه قال: المحجور عليه وإن كان تصح عبارته عن إذن وليه فضمانه مردود من قبل أنه تبرع[3] وتبرعات المبذر مردودة، ولا يصح من الولي الإذن فيها.

وقد اعترض الرافعي عليه [فيها][4] بأنه إنما يكون تبرعًا إذا كان في صورة لا يثبت فيها الرجوع، أما إذا كان في صورة يثبت فيها الرجوع فهو إقراض لا محض تبرع.

ويدل عليه: أنه إذا ضمن في مرض الموت بغير إذن من عليه الدين فهو محسوب من ثلثه، وإن ضمن بإذنه فهو محسوب من رأس المال، وهذا وإن لم يكن تبرعًا فلا يصح من المحجور [عليه][5]، كالبيع، فإن أذن فيه الولي فليكن كما لو أذن في البيع. انتهى.

قلت: ما ذكره الإمام ظاهر الصحة، وفيما اعترض به الرافعي عليه نظر من

---

(١) في د: ومن زال عقله بإغماء.
(٢) في د: سفيه.
(٣) في جـ: متبرع.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.

وجهين: أحدهما: أنه أطلق على الضمان بأنه قرض في الصورة التي يثبت فيها الرجوع، وليس كذلك؛ بل الأداء هو القرض.

وجوابه: أنه يجوز؛ [فعبر عنه بما][١] يئول إليه.

الثاني: أن قوله: فليكن إذا أذن فيه الولي كما لو أذن في البيع، لا تظهر صحته؛ فإنه قد قرر[٢] أنه قرض، وقرض مال السفيه لا يجوز إلا لضرورة كما تقدم.

فرع: لو ضمن مالًا، ثم ادعى أنه في حال الضمان كان صبيًّا أو مجنونًا، واحتمل ما يقوله - فالقول قوله، ويعتبر فيما إذا ادعى الجنون أن يُعْهَدَ له جنون سابق أو يقيم عليه بينة، هكذا أطلقه الأصحاب هاهنا.

وقد حكى الغزالي قبيل كتاب الصداق فيما إذا زوج أمته، ثم ادعى أنه زوجها في حال جنونه أو صباه، واحتمل ما يقوله - وجهين في قبول قوله، ويتجه جريان مثلهما هاهنا أيضًا.

قال: والمحجور عليه بالإفلاس يصح ضمانه، أي: وإن لم يصح تصرفه في ماله بنفسه.

ويطالب به إذا انفك الحجر عنه[٣]، أي: وله مال إذ ذاك؛ لأن الحجر عليه لحق الغرماء، ولا ضرر عليهم في الضمان؛ فصح منه.

ومقتضى الوجه الذي تقدم في أن الحجر يتعدى إلى نفسه: أنه لا يصح ضمانه؛ كما لا يصح شراؤه بثمن في ذمته.

قال: والعبد لا يصح ضمانه بغير إذن سيده[٤]، أي: المأذون وغيره؛ لأنه إثبات مال في الذمة بعقد فلم يصح من العبد بغير إذن سيده كالنكاح.

وهذا ما ذهب إليه ابن سريج، وبه قال الإصطخري، وجعله القاضي الحسين في «تعليقه» هنا، والإمامُ في آخر «النهاية» المذهبَ، والرافعيُّ: أصحَّ الوجهين، وكلام القاضي أبي الطيب في «تعليقه» يقتضي ترجيحه، كما سنذكره.

قال: وقيل: يصح ويُتَّبع به، أي: يطالب به، وهو بفتح التاء المثناة فوق المشددة، إذا عَتَقَ، أي: وأيسر؛ لأن الحجر عليه لحق السيد والسيد لا ضرر عليه في الضمان؛ ولهذا لو أقر العبد لأجنبي بمال قبل إقراره إذا لم يكن على السيد

---

(١) في جـ: بغير ما.
(٢) في أ: فوت.
(٣) في التنبيه: عنه الحجر.
(٤) في التنبيه: السيد.

ضرر فيه، وهذا قول ابن أبي هريرة كما حكاه الماوردي وغيره.

وقال الرافعي: إن[1] الأول من تخريج ابن سريج، وإن أبا إسحاق قال به.

فإن قيل: قد حكى الغزالي: أن العراقيين ألحقوا شراء العبد بغير إذن سيده بثمن في ذمته، بشراء المفلس، وكذلك حكاه القاضي أبو الطيب في كتاب التفليس، ومقتضى ذلك: أن يكون الصحيح جوازه، وقد ذكرتم هاهنا أن الصحيح عدم صحة الضمان بغير إذن السيد، مع أنه في الموضعين شغل ذمته بما لا ضرر على السيد فيه في الحال؛ فكان القياس التسوية.

قلت[2]: قد صار إلى التصحيح هاهنا صاحب «المرشد»، والإمام في مداينة العبيد، وهو الذي يقتضيه كلام ابن الصباغ؛ فإنه أخذ يذكر ما رد به القاضي أبو الطيب على القائل بهذا القول سؤالاً، [وقال: فإن قيل: إن في الضمان إضرارًا بالسيد؛ لأنه مستحق إرث ماله بالولاء، إذا أعتقه][3]، وثبوت الدين يمنع الإرث.

وأجاب بأن حكم الإرث لا يمنع الضمان، بخلاف حكم الملك؛ ولهذا لا يمنع الإقرار، والملك يمنع الإقرار فيه.

ويمكن الفرق بين الضمان والبيع عند من قال بتصحيح القول بعدم صحة الضمان: بأن السيد وإن تضرر بتعلق[4] الثمن بتركته بعد عتقه، فقد انجبر بدخول المبيع في ملكه عاجلاً، بخلاف دين الضمان؛ فإنه لا جابر له - خصوصًا إذا كان بغير إذن المضمون عنه - لا عاجلاً ولا آجلاً.

على أن من حكى من العراقيين أن شراء العبد ملحق بشراء المفلس - وهو القاضي أبو الطيب - قد حكى هاهنا أن شراءه وإقراضه[5] ملحق بضمانه.

وكذلك [هاهنا][6] حكاه البندنيجي، وطرده في عقود المعاوضات كلها: من الصلح، والإجارة وغيرهما، إلا النكاح؛ فإنه لا يصح وجهًا واحدًا. وما قالاه مشكل بما ذكرناه من الفرق.

قال: ويصح بإذنه كما يصح نكاحه؛ [ويتبع به إذا عتق][7]، أي: إذا لم يعين له السيد ما يوفي منه، أطلق الإذن له؛ لأن اللفظ لم يكن فيه ما يقتضي [التزام][8]

---

(١) في ج، د: إنه مع.
(٢) في ج: قال.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: تعلق.
(٥) في ج: واقتراضه.
(٦) سقط في ج، د.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.

السيد شيئًا، والعبد لا ملك له؛ فصار كضمان المعسر.

قال: وقيل: يؤديه من كسبه، أو من مال التجارة إن كان مأذونًا له فيها؛ لأن الضمان يقتضي الغرم كما يقتضي النكاح المهر والنفقة، وهو لو أطلق الإذن له في النكاح تعلق المهر والنفقة بما ذكرناه، وكذلك إطلاق الإذن في الضمان.

وهذا ما اختاره في «المرشد»، وجعله القاضي الحسين في الأولى ظاهر المذهب.

وحكى الماوردي: أنه قول أبي علي الطبري، وصححه الرافعي والإمام فيها.

وقال الإمام فيما إذا كان العبد مأذونًا له في التجارة: إن الخلاف فيه ينبني على الخلاف في غيره، وأولى بأن يتعلق بما في يده؛ لأن ظاهر الحال مشعرٌ بذلك.

وقيل: يتعلق الغرم برقبته.

والقائلون بالأول فرقوا بين ما نحن فيه وبين المهر والنفقة، بأنهما يجبان[1] عوضًا عن الاستمتاع المعجل؛ فلذلك عجلا، بخلاف الضمان.

وأيضا فإنه لا يزيد على الإذن [له][2] في الشراء، ولو ابتاع بالإذن كان الثمن في ذمته دون كسبه كما قاله الماوردي؛ فكذلك الضمان.

على أن في كلام الإمام وغيره ما يشعر بأن الإذن في المعاملات يتعلق بما ذكرناه وجهًا واحدًا؛ فلا يحسن الإلحاق [به][3].

فرع: إذا قلنا: يتعلق بمال التجارة، فهل يتعلق [بما يكسبه][4] من بعد الضمان ؟ أم به وبما في يده من الربح الحاصل من قبل ؟ أو بهما وبرأس المال ؟ فيه ثلاثة أوجه، أقيسها الثالث[5]، وهو الذي يقتضيه إطلاق الشيخ.

ومحل الخلاف إذا لم يكن على المأذون دين - كما يدل عليه كلام الشيخ

---

(١) في جـ: يحتاجان.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: بكسبه.
(٥) قوله: وإذا ضمن العبد بإذن سيده، وفي يده شيء من أموال التجارة - تعلق به على الصحيح.
ثم قال: فرع: إذا قلنا: يتعلق بمال التجارة، فهل يتعلق بما يكسبه بعد الضمان، أو به وبما في يده من الربح الحاصل من قبل، أو بهما وبرأس المال؟ فيه ثلاثة أوجه، أقيسها الثالث. انتهى.
وتعبيره بقوله: بعد الضمان، سهو؛ بل صوابه المجزوم به في «الرافعي» وغيره: اعتبار الإذن لا الضمان؛ فإنه قد يتراخى عنه بأعوام. [أ و].

من بعد - أما إذا كان وقد حجر عليه الحاكم، [فلا][(١)] يتعلق بما في يده وجهًا واحدًا.

وإن وجد الدين دون الحجر، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يتعلق بها، ويشارك الغرماء.

[والثاني: لا تعلق له بما في يده أصلاً؛ لأنه كالمرهون[(٢)] بحقوق الغرماء][(٣)].

والثالث: أنه يتعلق بما في يده، لكن حقوق الغرماء تقدم، فإن فضل من المال عنها شيء، أو سقطت حقوق الغرماء، [أي][(٤)]: بسبب من الأسباب - وفِّي منه دين الضمان، كذا صرح به الإمام.

وحكم المدبر وأم الولد، حكم القن، ومن بعضه حر وبعضه رقيق كذلك إن لم يكن بينهما مهايأة أو كانت، ووقع الضمان في نوبة السيد.

قال الرافعي: وكان يجوز أن يقال: إلزامه [بالضمان كإلزامه][(٥)] بالشراء؛ فيصح ويختص به، ويجوز أن يخرج على الخلاف في أن المؤن والأكساب النادرة، هل تدخل في المهايأة؟

ولو ضمن في نوبته صح بلا خلاف، وفي «تعليق» القاضي الحسين فيما إذا لم يكن بينهما مهايأة في صحة ضمانه وجهان مبنيان[(٦)] على أنه هل يورث أم لا؟ فإن قلنا: يورث عنه، صح.

قال: وإن قال للمأذون له: اضمن في مال التجارة، لزمه القضاء منه؛ لأن المنع كان لعدم استلزام اللفظ [ذلك][(٧)]، وقد صرح به.

قال: إلا أن يكون عليه دين آخر، أي: فلا يلزمه؛ لأن حقوق الغرماء متعلقة به، وهي سابقة فقدمت.

وفي «الحاوي» حكاية خلاف في المسألة - والحالة هذه - مبني على أن العبد المأذون هل هو محجور عليه بالنسبة إلى الغرماء، كما هو محجور عليه بالنسبة إلى السيد؟ وفيه قولان حكاهما ابن سريج:

---

(١) سقط في ج.
(٢) في د: الرهون.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج، د: ينبنيان.
(٧) سقط في أ.

فإن قلنا: إنه محجور عليه بالنسبة إليهم، لم يقض من مال التجارة، كما أشار إليه الشيخ.

وإن قلنا: إنه غير محجور عليه بالنسبة إليهم، شاركهم المضمون له.

ثم على الأول في صحة ضمانه وجهان:

أحدهما: إنه باطل؛ لأنه صرفه إلى جهة لم يثبت فيها الرجوع.

والثاني: أن[١] ضمانه جائز.

فعلى هذا: فيه وجهان:

أحدهما: أنه يكون فيما اكتسبه بعد الضمان، وفيما فضل من المال الذي كان بيده قبل الضمان.

والثاني: أن يكون في ذمته يتبع به إذا عَتَقَ.

ولو عجز مال التجارة عن الوفاء بالمضمون حيث لا دين على العبد، قال الماوردي: تعلق الفاضل بالمستقبل من كسبه.

فإن قيل: الحر لو قال: ضمنت لك مالك على فلان في هذا المال، لم يصح؛ لأن حقيقة الضمان الضم، ولم يوجد، وقد صححتم ضمان العبد فيما في يده من مال التجارة بإذن سيده، فأي فرق بينهما؟!

قلنا[٢]: لا نسلم أن الضمان في العين لا يصح؛ فإن القاضي ابن كج صححه كما ستقف[٣] عليه[٤] في العارية، [إن شاء الله تعالى][٥].

وإن سلمنا عدم الصحة فنقول: لا فرق بينهما؛ فإنا لم نصححه فيما في يده غير متعلق بذمته؛ فإنه لو صرح بذلك لم يصح - كما ذكرناه في الحر - بل صححناه في ذمة العبد والمال متعين للأداء.

قال البندنيجي: كما لو قال الحر: ضمنت لك ما في ذمة زيد على أن أؤديه من هذا المال؛ فإنه يصح، ويلزم على ما ضمن.

---

(١) في ج: أنه. (٢) في أ: قلت. (٣) في ج: سنذكره.

(٤) قوله: فإن قيل: الحر لو قال: ضمنت لك ما لك على فلان في هذا المال، لم يصح - قلنا: لا نسلم أن الضمان في العين لا يصح؛ فإن القاضي ابن كج صححه كما ستقف عليه. انتهى كلامه. ولم يذكر المصنف عن ابن كج بعد ذلك في المسألة شيئًا بالكلية، ولا شك أن النقل عنه غلط؛ لأن المصنف لم يقف على كتابه، وإنما ينقل عنه بواسطة نقل الرافعي، ولم ينقل الرافعي ذلك عنه. [أ و].

(٥) سقط في أ.

على أن القاضي الحسين جزم في هذه الصورة التي[١] استشهدنا بها بالبطلان[٢]، لكنه[٣] فرق بين الحر والعبد: بأن الحر ذمته واسعة وجهات أداء[٤] المال في حقه كبيرة، فإذا شرط هذا يكون ذلك حجرًا على نفسه فلم يجز، بخلاف العبد فإنه ليس له جهات كثيرة، ولا له ذمة سليمة تتعلق بها الحقوق.

فروع:

إذا ضمن العبد بإذن سيده، وأدى في حال رقه، فحق الرجوع يثبت للسيد، وإن أداه بعد العتق، فحق الرجوع للعبد، على أصح الوجهين، وفي الثاني: هو للسيد؛ فيرجع[٥] حاصل الخلاف إلى أن العبرة بحال الضمان أو بحال الأداء.

وعلى ذلك يخرج ما لو ضمن دينًا عن سيده، وأداه[٦] بعد العتق، فإن قلنا: حق الرجوع للسيد، لم يرجع عليه العبد؛ كما صار إليه القاضي أبو حامد.

وإن قلنا: إنه للعبد، رجع كما صار إليه ابن سريج.

وعلى ما أشرت إليه من المأخذ يخرج ما لو ضمن السيد[٧] عن عبده مالًا، وأداه بعد عتقه، هل يرجع عليه أم لا؟ كما لو صرح به الماوردي.

فعلى رأي أبي العباس: يرجع؛ اعتبارًا بحال الأداء، وعلى رأي القاضي أبي حامد: لا يرجع؛ اعتبارًا بحال الضمان؛ فإن السيد[٨] لا يثبت له على عبده دين ابتداء.

وفي «الوسيط» الجزم في هذه الصورة بالرجوع، وحكى أن رأي الأصحاب فيما لو أدى قبل العتق: أنه يرجع، وأن فيه نظرًا من حيث إن فيه إثبات دين السيد على عبده في دوام الرق.

آخر:

لو ضمن العبد دينًا لسيده، لم يصح.

وفي «الحاوي» - حكاية عن ابن سريج-: أنه يصح ويطالب به إذا عَتَقَ، ثم

---

(١) في جـ: الذي.
(٢) في جـ: البطلان.
(٣) في أ، د: لكن.
(٤) في جـ: وجهان إذ.
(٥) في جـ: ورجع.
(٦) في جـ: وأدى.
(٧) في جـ: للسيد.
(٨) في جـ: الإنسان.

قال: إن كان ابن سريج يقول في مبايعة السيد لعبده مثل ما يقوله في الضمان، فقد جرى على القياس، وكان لقوله وجه، وإن كان يمنع من مبايعته فقد ناقض، وفسد مذهبه.

قال: وأما المكاتب قبل الإذن فهو [كالعبد القِنِّ][1]؛ لقوله ﷺ: «الْمُكَاتِبُ قِنٌّ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ»[2].

[قال]: فإن[3] **أذن له ففيه قولان**، أي: مبنيان على تبرعاته بإذن سيده، وفيها خلاف محل ذكرها باب الكتابة.

فإن قلنا بصحتها صار كالعبد القن إذا ضمن بإذن سيده فيما في يده، وإن قلنا: لا تصح، اتُّبع بما ضمنه إذا عَتَقَ وأيسر، ويكون فائدة الإذن: صحة الضمان، لا الأداء مما في يده.

تنبيه: القن - بكسر القاف - عند أهل اللغة: العبد المملوك هو وأبواه، قال الجوهري: ويستوى فيه الواحد والاثنان والجمع، والمؤنث، قال: وربما قالوا: عبيد أقنان، ثم[4] يجمع على: أقنة.

وفي اصطلاح الفقهاء: الرقيق الذي لم يحصل فيه شيء من أسباب العتق ومقدماته، بخلاف المدبر، والمكاتب، والمستولدة، ومن عُلِّقَ عتقه بصفة.

قال: «ولا يصح الضمان حتى يعرف الضامن المضمون له؛ لأن الناس متفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء: تشديدًا، وتسهيلاً، والأغراض تختلف بذلك؛ فلذلك[5] اشترطت معرفته، [كما اشترطت معرفة][6] قدر الدين؛ لاختلاف الغرض به.

وهذا ما ذهب إليه أبو علي بن أبي هريرة من غير اشتراط معرفة المضمون عنه، واختاره في «المرشد»، وصححه الرافعي، وحكى البندنيجي: أنه المنصوص عليه في «اختلاف العراقيين».

وقيل: تشترط معرفة المضمون عنه أيضًا؛ لينظر: هل هو ممن يستحق إسداء

---

(١) سقط في أ.
(٢) أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠) كتاب العتق، باب: في المكاتب يؤدي بعض كتابته (٣٩٢٦).
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في أ: و.
(٥) في أ: ولذلك.
(٦) سقط في أ، ج.

الجميل إليه والمعونة أم لا؟ وهل هو موسر وممن يتوقع منه المسار إلى وفاء الدين أو لا؟ وذلك مما يختلف الغرض به. وهذا قول المزني.

وقيل: لا تشترط معرفة واحد منهما، وهو قول ابن سريج؛ لأن عليًّا وأبا قتادة ضمنا دينَ من لم يعرفاه، مع قوله تعالى:﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[يوسف:٧٢]، ومن يجيء به غير معروف؛ كذا قاله الماوردي مع أنه حكى في موضع آخر: أن المضمون عنه كان من أهل الصُّفَّة[١]، واستدل له القاضي أبو الطيب من حديث علي وأبي قتادة بأنه - ﷺ لم يسألهما عن معرفتهما بصاحب[٢] الدين ولا بالميت[٣].

التفريع:

إن قلنا باشتراط معرفة المضمون عنه فلا خلاف في عدم اشتراط رضاه[٤]، وإن قلنا باشتراط معرفة المضمون له - كما جزم به الشيخ - فهل يشترط قبوله أو رضاه، أو لا يشترط واحد منهما؟ فيه ثلاثة أوجه مجموعة من كلام الماوردي وغيره، كما سيظهر لك:

أحدها: أن تمام الضمان موقوف على قبوله في الحال؛ لأن الضمان عقد وثيقة يفتقر إلى لفظ الضامن بالضمان؛ فافتقر إلى لفظ المضمون له بالقبول؛ كالرهن.

---

(١) قوله: ولا يصح الضمان حتى يعرف الضامن المضمون له دون المضمون عنه.
وقيل: تشترط معرفتهما.
ثم قال: وقيل: لا تشترط معرفة واحد منهما؛ لأن عليا وأبا قتادة ضمنا دين من لم يعرفاه، كذا قاله الماوردي، مع أنه حكى في موضع آخر: أن المضمون عنه كان من أهل الصُّفَّة. انتهى كلامه.
واعلم أن هذا اللفظ الذي نقله عن الماوردي لا اعتراض عليه فيه؛ لأنه إنما يصح الاعتراض أن لو أراد بقوله: دين من لم يعرفاه، هو المضمون عنه، ولم يصرح به فيما نقله عنه، بل المتبادر منها عند الإطلاق إنما هو المضمون له؛ لأن الدين له. نعم، الماوردي عبر بقوله: ضمنا عمَّن لم يعرفاه ولا لمن يعرفاه. هذا لفظه، والاعتراض عليه متوجه حينئذ، وكأن المصنف لما وقف عليه ظهر له الاعتراض، ولكن عبر بعبارة تدفعه، على أن الجواب عن الماوردي سهل، وهو أنهما كانا إذ ذاك غير عالمين، ثم ظهر بعد ذلك. [أ و].

(٢) في جـ: صاحب. (٣) في جـ: الميت.

(٤) قوله التفريع: إن قلنا باشتراط معرفة المضمون عنه فلا خلاف في عدم اشتراط رضاه. انتهى.
وما ذكره من نفي الخلاف ذكره إمام الحرمين ثم الرافعي والنووي، وليس كذلك؛ فقد نقل هو في «المطلب» عن «تعليقة» القاضي الحسين وجهًا: أنه يشترط، وأن أبا الحسن الجوري في «شرح المختصر» قد قال به أيضا. [أ و].

وهذا ما نسبه البندنيجي إلى ابن سريج، وكذلك الماوردي.

وقال[١]: إن أبا علي الطبري، صرح بهذا القول في «إفصاحه»، وهو الذي جزم به المحاملي.

والثاني - حكاه ابن أبي هريرة عن بعض شيوخه؛ على ما حكاه الماوردي-: أن رضاه شرط[٢] دون القبول باللفظ؛ لأنه لو كان شرطًا لاعتبرت المواجهة فيه، وقد ضمن علي وأبو قتادة دين الميت مع غيبة صاحبه؛ فعلى هذا: إن رضي المضمون له بقول صريح، أو فعل دال على الرضا في مجلس الضمان - جاز، وإن تراخى عن حال الضمان، فإن لم يوجد منه الرضا حتى فارق المجلس، فلا ضمان، وللضامن أن يرجع في ضمانه، وإن رضي المضمون له.

والثالث - وهو المذكور في «الشامل»، و«تعليق» القاضي أبي الطيب وغيرهما بدلًا من الوجه الأول - أنه لا يشترط رضا المضمون له، ونسبوه إلى ابن سريج، وأن وجهه: أن عليًّا وأبا قتادة ضمنا الدينارين والدرهمين عن الميت، ولم يستأذنا المضمون له.

ونسبوا الثاني إلى قول أبي علي الطبري، وهذا ترتيب العراقيين.

وسلك الإمام في الترتيب طريقا آخر، فقال: لم يختلف أصحابنا في أنه لا يشترط رضا المضمون عنه لصحة[٣] الضمان، فهل[٤] يشترط رضا المضمون له؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم.

والثاني - وهو الذي ذهب إليه الأكثرون-: لا.

لكن على هذا: لا يلزم المضمون له قبول ما يحضره[٥] الضامن إن كان بغير إذن المضمون عنه، وإن كان في صورة يثبت للضامن الرجوع بما غرم وجب

وإن كان بإذن المضمون عنه حيث لا يثبت له الرجوع - كما سنذكره - ففي اللزوم وجهان:

والأشهر: أنه ليس له الامتناع، وهما مبنيان على أن المؤدى يقع فداء أو موهوبًا ممن عليه الدين؟

(١) زاد في أ: الرافعي.
(٢) في جـ: يشرط.
(٣) في جـ: بصحة.
(٤) في أ: وهل.
(٥) زاد في جـ: من.

إن قلنا بالثاني لم يكن له الامتناع[١]، وعلى القول باشتراط الرضا، هل يشترط [القبول][٢]؟ فيه وجهان قرَّبهما الشيخ أبو محمد من اشتراط القبول في الوكالة؛ لأن كل واحد منهما تَجَدد سلطة[٣] لم تكن مع أن أصل الحق ثابت.

وعلى القول بعدم اشتراط الرضا والقبول، لا يضر تقدم[٤] الرضا المعتبر على الضمان بزمان متطاول، ولو تأخر الرضا عن الضمان، كان في حكم الإجازة إذا جوزنا[٥] وقف العقود.

وعلى القول في اشتراط الرضا والقبول، هل يشترط معرفة المضمون[٦] له والمضمون عنه؟

فيه أربعة أوجه جمعها صاحب «التقريب»، رابعها - غير ما ذكرناه-: يشترط معرفة المضمون عنه دون معرفة المضمون له.

قال الرافعي: وفي طريقة الصيدلاني ما يقتضيه، وهو غريب.

---

(١) قوله - نقلا عن الإمام-: ولا يشترط رضا المضمون له عند الأكثرين، لكن لا يلزمه قبول ما يحضره الضامن إن كان بغير إذن المضمون عنه.
ثم قال: وإن كان بإذن المضمون عنه حيث لا يثبت له الرجوع ففي اللزوم وجهان.
والأشهر: أنه ليس له الامتناع، وهما مبنيان على أن المؤدى يقع فداء أو موهوبا ممن عليه الدين؟ إن قلنا بالثاني لم يكن له الامتناع. انتهى كلامه.
وهذا البناء الذي نقله عن الإمام قلد الرافعي في نقله عنه، وليس مطابقا لما في «النهاية»؛ فإنه قال فيها ما نصه: إذا قال لغيره: أدِّ ديني، وقلنا: لا يثبت الرجوع إذا لم يقيد - ففي امتناع مستحق الدين عن القبول وجهان:
أحدهما: ليس له الامتناع، وهو الأشهر؛ فإن المؤدي مستناب من جهة الآذن، وليس لمستحق الدين تخير في عين المؤدى.
والوجه الثاني: له الامتناع؛ فإنه إذا كان لا يملك الرجوع فالمدفوع إلى مستحق الدين يقع فداء أو موهوبا: فإن كان فداء لم يلزمه القبول كما لو كان الأداء بغير إذنه، وإن كان المؤدى في حكم الموهوب ممن عليه فالهبة إنما يثبت الملك فيها بالقبض، ولمستحق الدين أن يقول: لست أجلب ملكا لمن عليه الدين بيدي، ولا يلزمني ذلك. هذا كلامه، ومخالفته لما قاله الرافعي ظاهرة، ثم ذكر - أعني الإمام - بعده كلاما آخر، فقال: وإذا لم يبعد إلزامه تحصُّل الملك للمؤدى عنه مع افتراض عوضه باشتراط الرجوع، لم يبعد إلزامه قبض ما يقدر موهوبا في حق المديون، وهذه الزيادة - أيضا - لا تحقق ما قاله المصنف؛ فإن غايته أنه ذكر بحثا في اللزوم على القول بأنه هبة، بعد أن جزم بعدمه تفريعا عليه، وجعل مستند عدم اللزوم شيئا آخر. [أ و].
(٢) سقط في أ. (٣) في الأصل: سلطته. (٤) زاد في جـ: بعدم.
(٥) زاد في جـ: في. (٦) في جـ: الضامن.

فرع: هل يشترط أن يأتي الناطق بلفظ الضمان، أو تكفي كتابته[١] مع القرينة المشعرة بالمقصود؟ فيه وجهان، أظهرهما: الثاني.

آخر:

هل يشترط إقرار المضمون عنه بالدين، حتى لو أنكر أصل الدين واعترف به إنسان ثم ضمنه: هل يصح؟ فيه وجهان، حكاهما الإمام في باب الإقرار بالنسب، والأصح - وهو المشهور في الطرق-: أنه لا يشترط.

تنبيه[٢]: لا شك أن الضمان يلزم [بقول الضامن][٣] ضمنت ما لك على فلان، أو تكفلت به، أو: تحملته، أو تقلدته، أو التزمته، أو أنا بهذا المال[٤] ضامن، أو: زعيم، أو: حميل، أو: صبير، أو: قبيل، كما حكيته من قبل.

وفي «البيان» عن كتاب الطبري حكاية [وجه][٥] في لفظ «القبيل»: أنه ليس بصريح.

قال الرافعي: ويطرد في «الحميل» وما ليس بمشهور في العقد.

ولو قال: خل عن فلان، والدين الذي لك عليه عندي - فهذا ليس بصريح في الضمان.

ولو قال: دين فلان إليَّ، فوجهان في «زوائد» العمراني حكايةً عن الطبري في أنه هل هو صريح في الضمان أم لا.

قال: ويصح ضمان كل دين لازم: كثمن المبيع، أي: سواء كان منفعة أو عينًا، قبض أو لم يقبض، ودين السلم، وأرش الجناية، أي: إذا كان نقدًا؛ لأنه وثيقة يستوفى منها الحق؛ فصحت في كل دين لازم، وإن لم يكن مستقرًّا كالرهن، والمراد باللازم - كما صرح به الماوردي -: ما يلزم إقباضه عند المطالبة، وبهذا التفسير يصح ضمان الأجرة في الإجارة قبل استيفاء المنفعة، والصداق قبل الدخول، ونفقة القريب بعد الوجوب في ابتداء النهار؛ اعتبارًا[٦] بلزومها وقت الضمان، وإن كانت قد تسقط بمضي الوقت، كما صرح به البندنيجي.

وفي «التتمة» حكاية وجه آخر: أنه لا يصح ضمان نفقة القريب؛ لأنه ليس طريقها طريق الديون.

---

(١) في ج: كتابه.
(٢) في ج: قلت.
(٣) في ج: بقوله.
(٤) في ج: الدَّين.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج: واعتبارًا.

وفي «الحاوي» حكاية وجه في ثمن المبيع إذا لم يقبض، وفي الأجرة إذا لم تُستوفَ المنفعة، وفي الصداق قبل الدخول: أن حكم ذلك حكم ثمن المبيع في زمن الخيار، وسنذكره.

قال: أو يئول إلى اللزوم كثمن المبيع في مدة الخيار، وكمال[1] **الجعالة**، أي: مثل أن يقول: من رد عليَّ عبدي فله درهم، كما صور ابن الصباغ؛ لأنه لما كان مما يئول إلى اللزوم ألحق باللازم.

وقد استدل لصحة ضمان مال الجعالة بقوله تعالى:﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾[يوسف:٧٢].

وهذا ضمان من المنادي قبل الرد، إذ الجاعل يوسف - عليه السلام -.

قال: وقيل إن مال الجعالة لا يصح ضمانه.

قال القاضي أبو الطيب: لأن العقد ليس بلازم في الحال في حق المجعول له، ولا يئول إلى اللزوم في حقه بحال؛ لأنه لا يجبر على رد الآبق بحال فكان المال في حقه بمنزلة مال الكتابة في حق المكاتب.

قال ابن الصباغ: وهذا [غير صحيح][2] ؛ لأن العمل لا يلزم، والمال يلزم بوجوده، والضمان في المال دون العمل.

وقد أجرى بعضهم الخلاف المذكور في مال الجعالة في ثمن المبيع في زمن الخيار، وهي طريقة البندنيجي، لكن قال: الصحيح في ضمان الثمن الصحة، وفي ضمان مال الجعالة البطلان.

ثم محل الخلاف في الثمن إذا كان الخيار للمشتري وحده أو لهما، أما إذا كان للبائع [وحده][3] صح وجهًا واحدًا، صرح به المتولي[4] .

---

(١) في جـ: ومال. (٢) في جـ: ليس بصحيح. (٣) سقط في أ.

(٤) قوله: ثم محل الخلاف - أي في ضمان الثمن في مدة الخيار - إذا كان الخيار للمشتري وحده أو لهما، أما إذا كان للبائع وحده صح وجهًا واحدًا، صرح به المتولي. انتهى كلامه.

واعلم أن هذا النقل مذكور في «التتمة» على ما نقله المصنف، لكن قد تقدم في البيع في الكلام على أقوال الملك في زمن الخيار: أن الثمن والمبيع لا يجتمعان في ملك شخص واحد، بل حيث قلنا: إن الملك في المبيع للمشتري، فالثمن للبائع، وإن قلنا: للبائع، فالثمن للمشتري، وإن قلنا: موقوف، فموقوف، وتقدم - أيضا - أن هذه الأقوال الثلاثة جارية سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما، إلا أن الصحيح أنه إذا كان الخيار لأحدهما كان الملك له، وقيل: محل الخلاف إذا كان لهما، فإن =

وأشار الإمام إلى أن محل الصحة إذا قلنا: إن الملك ينتقل[بنفس العقد، أما إذا قلنا: لا ينتقل؛ فهو][١] ضمان[٢] ما لم يجب، وقد حكينا عنه مثل ذلك في الرهن.

ومحل الخلاف في مال الجعالة - على ما حكاه البندنيجي هنا، والمتولي والقاضي الحسين - بعد الشروع في العمل.

وقال القاضي: لا خلاف في عدم الصحة قبل الشروع.

والذى حكاه ابن يونس، واقتضاه تصوير ابن الصباغ المسألة: أن محله قبل الشروع في العمل، وهو ما اقتضاه كلام البندنيجي في صحة الرهن [به][٣] كما حكيته في الرهن.

وقد حكى الإمام عن شيخه أنه خَرَّج ضمان الجعل قبل العمل، على الخلاف في ضمان ما لم يجب، ولكن جرى سبب وجوبه.

فرع: حقوق الله تعالى المالية لا تصح الكفالة بها؛ لأنها موكولة[٤] إلى أمانته إن تعلقت بذمته، أو زكاة تؤخذ من [عين ما بيده][٥]، كذا قاله الماوردي في باب[٦] اللعان.

قال: وأما ما ليس بلازم ولا يئول إلى اللزوم كدين المكاتب فلا يصح ضمانه؛ لأن المكاتب لا يجبر على دفعه [و][٧] الضامن فرعه، والضمان هو الالتزام؛ فإذا لم يلزم الأصل لم يلزم الفرع.

وحكى الإمام عن شيخه: أنه حكى عن ابن سريج وجهًا في جواز ضمانه؛ تخريجًا على ضمان ما لم يجب وقد وجد[٨] سبب وجوبه، ثم قال: وهذا فيه بعد.

= كان لأحدهما فالملك له قطعا. وعلى هذا: فإذا كان الخيار للبائع كان الملك في المبيع له: إما بلا خلاف، وإما على الصحيح، وحينئذ فلا ثمن على المشتري قطعا، أو على الراجح، فضلا عن كونه لازما، فكيف يتصور أن يقال فيه بصحة الضمان بلا خلاف مع حكاية الخلاف في عكسه؟! وبذلك يظهر أن هذه الطريقة قد انعكست على صاحب «التتمة». [أ و].

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: فلا لأنه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: مؤلدة.
(٥) في جـ: غير ما في يده.
(٦) في أ، جـ: كتاب.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: حكى.

وحكى أيضًا وجهين عن ابن سريج في صحة ضمانه على الترتيب القديم في صحة ضمان ما لم يجب [ولا وجد][١] سبب وجوبه.

قال: ولا يصح ضمان مال مجهول، أي: مثل: أن يقول: ضمنت لك ما لك على فلان، وهو لا يعرفه؛ لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد لازم، فلا[٢] يصح مع الجهالة؛ كالثمن في المبيع[٣].

واحترزنا بقولنا: «في الذمة» عمن غصب من رجل شيئًا مجهولًا، وبقولنا: «بعقد» عمن أتلف على غيره مالًا مجهولًا، أو وطىء امرأة [في نكاح][٤] فاسد.

قال: وقيل: يصح ضمان إبل الدية وإن كانت مجهولة؛ لأنها معلومة السن، والعدد، والمرجع[٥] في الصفة واللون إلى عرف البلد، وهذا خرجه من صحة الصلح عنها وإصداقها، وهذا الخلاف في الجديد.

وأما في القديم: فيجوز ضمان المجهول[٦] إذا أمكن تقدير الإحاطة به؛ بأن قال: ما بعت من فلان، فأنا ضامن لثمنه، كما سنذكره.

فروع:

لو قال: ضمنت لك الدراهم التي على فلان، وهو لا يعرف قدرها - فلا[٧] يصح؛ على الجديد فيما زاد على ثلاثة دراهم، وفي قدر الثلاثة وجهان. في «التتمة».

لو قال: ضمنت لك من واحد إلى عشرة، ففي الصحة وجهان على الجديد.

وإذا صح - كما هو الأصح في الرافعي - وكان [على][٨] المضمون أكثر من عشرة، فيلزمه عشرة أو ثمانية أو تسعة؛ إدخالاً [للطرف الأول][٩] دون الثاني؟ فيه ثلاثة أوجه، أصحها في «التهذيب»: الأول.

لو قال: ضمنت لك ما بين الدرهم والعشرة، وعرف أن دينه لا ينقص عن عشرة - صح، وكان ضامنًا لثمانية. وإن لم يعرف، ففي صحة الضمان الوجهان في المسألة قبلها.

قال: ولا يجوز ضمان ما لم يجب، مثل: أن يقول: ضمنت لك ما تقرضه

---

(١) في جـ: ولم يوجب.
(٢) في جـ: فلم.
(٣) في جـ: البيع.
(٤) في أ: بعقد.
(٥) في أ: والرجوع.
(٦) زاد في أ: أما.
(٧) في جـ: لم.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: للأول.

لفلان من الدراهم، من درهم إلى ألف، أو ثمن ما تبيعه منه؛ لأن الضمان وثيقة بالدين؛ فلم يصح قبل ثبوته كالشهادة، وقد اختار الشيخ أبو حامد هذا الطريق.

وحكى هو وغيره طريقًا آخر عن ابن سريج: أن في المسألة قولين، وادعى الرافعي أنه أشهر من الأول:

أحدهما: ما ذكرناه، وهو الجديد.

والثاني - وهو القديم-: الصحة؛ لأنه قد تمس الحاجة إليه.

وقد حكيت هذا القول في كتاب الرهن، وذكرت ثم [بعض][1] تفاريعه، وحكيت عن الماوردي وغيره[2] شيئًا يتعلق بما نحن فيه؛ فليطلب منه.

ومن تمام تفاريع القول القديم أمور:

أحدها: أنه إذا قال: ضمنت لك ما تبيعه من فلان، فباع منه الشيء بعد الشيء - كان ضامنًا للكل، بخلاف ما لو[3] قال: إذا بعت من فلان فأنا ضامن؛ حيث لا يكون ضامنًا إلا لثمن ما باعه أولاً، وفرق الإمام بينهما بما لا يكاد يسلم له، وهو أن «ما» من أدوات الشرط؛ فتقتضي التعميم، و«إذا» ليست من أدوات الشرط؛ [فلا تشعر بالتعميم أصلاً][4].

الثاني: إذا شرطنا معرفة المضمون له عند[5] ثبوت الدين فهاهنا أولى، وإن لم نشترطها فهاهنا وجهان، وكذا معرفة المضمون عنه.

الثالث: لا يطالب الضامن ما لم يلزم الدين على الأصل.

ويلتحق بهذا النوع الدية على العاقلة، وقد صرح المتولي بأنه لا يصح ضمانها؛ لأنها غير واجبة في تلك الحالة ولهذا تسقط بالموت، والدين المؤجل لما كان واجبًا حل بالموت.

واعلم أن إطلاق الشيخ يقتضي عدم صحة الضمان عند عدم الوجوب، سواء وجد سبب الوجوب أو لم يوجد، وقد حكى الغزالي في صحة ضمانه على الجديد قولين، وغيره حكى ذلك وجهين.

قال: ويصح ضمان الدرك على المنصوص؛ لأن الحاجة تدعو إلى معاملة من

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: في باب القرض.
(٣) في جـ: إذا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: كتقيد.

لا يعرف من الغرماء، ولا يوثق بيده وملكه، ويخاف عدم الظفر به لو ظهر الاستحقاق، فاحتيج إلى التوثُّق[١]، وبهذا قطع أبو إسحاق وابن القطان.

وخرج ابن سريج قولاً: أنه لا يصح.

قال القاضي أبو الطيب: وهو قول أبي العباس ابن القاص؛ لأنه ضمان ما لم يجب، وضمان مجهول؛ فإنه قد يخرج بعض المبيع مستحقًا.

وحكى في «البيان» عن ابن سريج: أنه قال: لا يضمن درك المبيع إلا أحمق.

والصحيح هو المنصوص، وبه قال عامة أهل العلم، وأطبق الناس عليه.

وصورته: أن يشتري إنسان عينًا أو بعضها، ويخشى أن تخرج مستحقة لغير البائع: إما بأن تكون مغصوبة، أو يكون قد أخذ الحصة المبيعة بالشفعة، فيضمن له إنسان الثمن إن خرج المبيع مستحقًّا.

وصيغته أن يقول: ضمنت لك الثمن إن بان المبيع مستحقًّا. ويقوم مقام هذا قوله: ضمنت لك عهدة المبيع، أو الدرك فيه، أو خلاصك منه، ولو قال: ضمنت لك خلاص المبيع - لم يصح؛ لأن المستحق ربما لا يسلمه.

ولو قال: ضمنت لك عهدة الثمن وخلاص المبيع - لم يصح ضمانه بخلاص المبيع، وفي ضمانه العهدة قولا تفريقِ الصفقة.

وقد رد الأصحاب على ابن سريج بأن المبيع إن لم يخرج مستحقًّا فلا ضمان، وإن خرج مستحقًّا بان وجوبُ رد الثمن وصحة الضمان، وليس يشبه ضمان المجهول؛ لأن جملة الثمن معلومة، فإن خرج البعض مستحقًّا فهو بعض ما ضمنه؛ فلا يكون في الجهالة غرر؛ كما قلنا بصحة البيع فيما إذا خرج بعض المبيع مستحقًّا.

التفريع:

إن قلنا: يصح، فمحله بالاتفاق: إذا علم الضامن قدر الثمن قبل الضمان، ووقع الضمان بعد قبض البائع الثمن وتصرفه فيه بحيث لم يبق في يده منه شيء، أما إذا لم يعلم بقدره ففي «التتمة»: أن الحكم فيه كالحكم في المرابحة، ولو علمه لكن الضمان وقع قبل قبضه:

---

(١) في أ: التوثيق.

فالذى حكاه معظم العراقيين: أنه لا يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

وفي «المهذب»، و«التتمة» وغيرهما حكاية وجه: أنه يصح؛ لأن هذا النوع من الضمان إنما جاز للحاجة، والحاجة تدعو إلى تجويزه في هذه الحالة - أيضًا - وهذا هو الذي يقتضي كلام الإمام ترجيحه؛ فإنه حكى الخلاف في صحة ضمان العهدة، ثم قال: وذكر بعض أصحابنا قولاً ثالثًا مفصِّلا بين أن يكون البائع قبض الثمن فيصح، أو لا فلا يصح.

ولو وقع الضمان بعد[(١)] القبض، أطلق ابن الصباغ وغيره القول بالصحة.

وقال البندنيجي: إن كان باقيًا في يد البائع فهو ضمان عين، وسيأتي الخلاف فيه.

وكما يصح ضمان العهدة للمشتري، يصح ضمان نقصان الصنجة للبائع؛ بأن[(٢)] جاء المشتري بصنجة، ووزن بها الثمن، فاتهمه البائع فيها، فضمن ضامنٌ النقصَ، وقد يقوى في هذه الصورة ما خرجه ابن سريج من حيث إن المضمون النقص، وهو مجهول، بخلاف جملة الثمن في ضمان الدرك؛ فإنه معلوم.

وكذا يجوز ضمان رداءة الثمن إذا شك البائع في أن المؤدى: هل هو من الضرب الذي يستحقه أم[(٣)] لا؟ ولا يختص ذلك بالثمن، بل لو كان لرجل على رجل ألف درهم، فقبضها، وضمن له رجل بدل ما فيها من زائف أو بَهْرَجٍ - جاز.

قال الماوردي - قبل باب بيع اللحم باللحم-: وهذه من منصوصات ابن سريج.

فإن وجد القابض فيها زائفًا أو بهرجًا، فهو بالخيار في إبداله من القاضي أو[(٤)] الضامن، فلو قال الضامن: أعطوني المردود بعينه لأعطيكم بدله، لم نعطه إياه.

ولو اختلف البائع والمشتري في نقصان الصنجة، صدق البائع بيمينه، فإذا حلف طالب المشتري بالنقصان دون الضامن [على أقيس الوجهين.

ولو اختلف البائع والضامن][(٥)] في نقصانها، فالمصدق الضامن على أصح

---

(١) في أ: قبل.
(٢) في جـ: فإن.
(٣) في جـ: أو.
(٤) في أ: و.
(٥) سقط في أ.

الوجهين؛ لأن الأصل براءة ذمته، بخلاف المشتري؛ فإن ذمته كانت مشغولة بحق البائع، والأصل بقاء الشغل.

ولو اختلفا في أن المردود من المعوَّض[١] أم لا؟ قال الماوردي هاهنا: فإن كان معيبًا[٢] فالقول قول البائع وضمانه، وإن كان من غير جنس الدراهم، فهو كما لو وقع الاختلاف في النقص.

واعلم: أن ضامن الدرك يلزمه عند خروج المبيع مستحقًا القيام ببذل الثمن، ولا يلزمه ذلك عند فسخ العقد بالإقالة، أو بتعذر تسليم المبيع من غصب أو إباق، أو نحوه.

وهل يلزمه عند الفسخ بالعيب السابق على العقد؟ ينظر:

إن كان لفظه: ضمنت لك ثمن المبيع إن كان مستحقًا، فلا، وإن كان لفظه ما عدا ذلك مما ذكرناه ففي لزومه وجهان حكاهما العراقيون والمراوزة، وقال الإمام: إنهما مأخوذان عندي من أصلين:

أحدهما: ضمان العهدة؛ فإن الاستحقاق يبين إسناد وجوب الرد إلى حالة الضمان.

والثاني: ضمان ما لم يجب ولكن وجد سبب وجوبه؛ فإن وجوب رد الثمن يتحدد عند جريان الرد، ولكن لا يجوز أن يقدر العيب القديم قبل الاطلاع عليه شيئًا ناجزًا.

والمذكور منهما في «الحاوي»، وهو الذي اختاره المزني والأكثرون: عدم اللزوم؛ لأنه مختار فيه فأشبه الفسخ بخيار المجلس والشرط والإقالة.

ومقابله، قال القاضي الحسين: هو قول من يقول: الرد بالعيب فسخ للعقد من أصله.

وهما يجريان فيما لو خرج بعض المبيع مستحقًّا، وقلنا: بفسخ العقد في الجميع بالنسبة إلى القدر المقابل لم يكن مستحقًّا، أو قلنا بعدم انفساخ العقد في غير المستحق وفسخ العقد [في المستحق][٣].

قال القاضي الحسين: والأظهر هاهنا: أنه يرجع عليه؛ لأن الفسخ حصل بسبب

---

(١) في جـ: العوض.

(٢) في جـ: معينًا.

(٣) سقط في جـ.

الاستحقاق، وفيما إذا اطلع المشتري على العيب وقد تعذر الرد، في الرجوع بالأرش على الضامن.

قال أبو العباس: اللهم إلا أن يقول الضامن: ضمنت لك كل درك يلحق من عيب، فحينئذ يرجع بالأرش على الضامن، كذا حكاه البندنيجي عنه، وأرسله المحاملي وقال: يرجع عليه وجهًا واحدًا.

وحكى الماوردي في هذه الصورة: أن الضمان لا يصح، ثم قال: وفيه وجه: أنه يصح مخرج من القديم في ضمان نفقة الزوجة، وإيراد المتولي يقرب منه؛ فإنه قال: لا يصح على ظاهر المذهب.

وهذا الخلاف يجري كما حكاه[1] الرافعي فيما إذا قال: ضمنت لك الثمن إن تلف المبيع قبل القبض.

وانفساخُ العقد بتلف المبيع عند العراقيين - كما حكاه القاضي والبندنيجي - ملحقٌ بفسخه بالإقالة.

وبناه المتولي على أنه يرفع العقد من أصله أو من حينه:

فإن قلنا بالثاني كان كالرد بالعيب.

وإن قلنا بالأول فمن الأصحاب من قال: إنه كظهوره مستحقًّا، ثم قال: وهذا ليس بصحيح، بل هو كالرد بالعيب؛ لأن ملك المشتري زال عن الثمن ثم عاد، بخلاف ما إذا كان مستحقًّا.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنا إذا قلنا: إنه يرتفع من حينه، ففيه خلاف مرتب على الرد بالعيب، وأولى بأن يرجع.

وفساد العقد بسبب شرط فاسد أو جهالة في العقد بناه المتولي على الرد بالعيب، فقال: إن قلنا في الرد بالعيب: إن الضامن يغرم، فهاهنا كذلك[2]، وإن قلنا: لا يغرم، فهاهنا وجهان؛ لأن ذلك شُبِّهَ بالاستحقاق من حيث إن ملك المشتري عن الثمن لم يزل.

فروع:

يجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه إذا خرج رأس المال متسحقًّا بعد تسليم

---

(١) في جـ: قال.

(٢) في جـ: لذلك.

المسلم فيه، وقبله لا يجوز[١] في أصح الوجهين؛ قاله الرافعي، ويتجه أن يجيء فيه ما ذكرناه في المثمن.

ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقًّا؛ لأن المسلم [فيه][٢] في الذمة، والاستحقاق لا يتصور فيه.

ولو ضمن له رأس المال إن تعذر التسليم بالانقطاع، قال المتولي: إن قلنا: الانقطاع لا يوجب فسخ العقد، فهو[٣] كما لو ضمن الثمن إن حدث بالمبيع عيب، وإن قلنا: بالانقطاع ينفسخ العقد، فهو كما لو ضمن الثمن إن تلف المبيع قبل القبض.

ولو ضمن مع العهدة نقص ما يحدث[٤] من بناء وغراس في الأرض المبيعة عند خروجها مستحقة وقلع ذلك ونقضه - لم يجز، وإن كان ذلك واجبًا على البائع للمشتري على أصح الوجهين؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

ويصح ضمان العهدة للمستأجر، كما حكاه الرافعي في آخر الإجارة عن «الفتاوى»، حتى يرجع على الضامن عند خروج الاستحقاق، خلافًا لابن سريج.

تنبيه: الدرك - بفتح الدال وبفتح الراء وإسكانها-: التَّبِعَة.

قال المتولي: وسمي دركًا؛ لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله.

والعهدة، قال البندنيجي هي في الحقيقة عبارة عن الصَكِّ المكتوب فيه الثمن، غير أن الفقهاء يستعملونه [عبارة عن][٥] الثمن؛ لأنه مكتوب في العهدة.

وقال المتولي: إنما سمي به؛ لالتزامه ما في عهدة البائع برده.

قال الرافعي: ويجوز أخذه في[٦] شيئين آخرين:

أحدهما: قال في «الصحاح»: يقال: في الأمر عهدة، أي: لم يحكم بعد، وفي عقله عهدة، أي: ضعف؛ فكأن الضامن ضمن ضعف العقد والتزم ما يحتاج فيه من غرم.

والثاني: قال: العهدة: الرجعة، يقال: أبيعك المَلَسَى لا عُهْدةً، أي: لا تَنْمَلِس وتنفلت لا ترجع إليَّ، فالضامن التزم[٧] رجعة المشتري عليه عند الحاجة.

---

(١) في جـ: لا يصح.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: وهو.
(٤) في جـ: يحدثه.
(٥) في جـ: في.
(٦) في جـ: من.
(٧) في جـ: ألزم.

قال: وإن قال: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه، فألقاه - لزمه ضمانه:

هذه المسالة تحتاج إلى مقدمة، وهى:

أن إلقاء ما في السفينة من غير حاجة لا يجوز.

وإذا احتيج إلى إلقاء شيء منها؛ بسبب إشرافها على الغرق - جاز.

وقد يجب؛ رجاء نجاة الراكبين إذا خيف.

ويجب إلقاء ما لا روح فيه؛ لتخليص[1] ذي الروح، ولا يجوز إلقاء الدواب إذا حصل الغرض بغير الحيوان.

وإذا مست الحاجة إلى إلقاء الدواب، ألقيت لإبقاء الآدميين، والعبيد كالأحرار.

وإذا قصر من له الإلقاء، فلم يُلْقِ حتى غرقت السفينة - فعليه الإثم، ولا ضمان؛ كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى هلك، يعصى ولا يضمن.

إذا تقرر ذلك عدنا[2] إلى مسألة الكتاب، فإذا قال: ألق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه، وكان في صورة يجوز فيها الإلقاء، فألقاه - لزمه ضمانه؛ لأنه استدعاء إتلاف ما يعاوض عليه لغرض صحيح؛ فلزمه كما لو قال: أعتق عبدك على ألف في ذمتي، أو طلق زوجتك.

وقال أبو ثور وبعض أصحابنا - كما حكاه الرافعي عن «شرح التلخيص»-: إنه لا يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

وجوابه: أن هذا ليس على حقيقة الضمان وإن سمي به، وإنما هو استدعاء إتلاف؛ لمصلحة؛ كما ذكرنا.

قال الإمام في أوائل باب[3] السلم: وهو قريب من أكل المضطر لطعام الغير.

ولا فرق في لزوم الضمان بين أن يكون المستدعى [في السفينة أو لا، إذا كان فيها غير مالك المتاع، وقيل: يشترط أن يكون المستدعى][4] فيها، ولا بين أن يسلم المستدعى إذا كان فيها أو لا، ويؤخذ الغرم من تركته.

ولو لم يكن فيها إلا مالك المتاع، فلا يصح هذا الضمان؛ لأنه يجب [عليه][5] إلقاء المتاع لحفظ نفسه.

---

(١) في أ: لتخلص.
(٢) في جـ: عندنا.
(٣) في أ: كتاب.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.

ولو كان فيها مع غيره، فالصحيح: أن الضمان لازم.

وقيل: لا يلزم، حكاه ابن يونس.

وقيل: يسقط من الضمان ما يقابله، حتى لو كان فيها عشرة، سقط من الضمان العُشْر.

ولو قال: ألق متاعك، ولم يتعرض للضمان، ففي «الشامل» - وبه قال الأكثرون-: أنه لا ضمان عليه إذا وجد الإلقاء، بخلاف ما لو قال: اقض ديني، فقضاه؛ فإن في رجوعه عليه وجهين.

والفرق: أن قضاء الدين يسقط الحق يقينًا، وأما إلقاء المتاع فيجوز أن ينفعه، ويجوز ألا ينفعه وسوى الغزالي بين المسألتين في إجراء الخلاف، وهو ما حكاه ابن يونس.

ولو ألقى صاحب المتاع متاعه من غير استدعاء - لم يرجع على من في السفينة، سواء كان في حالة يجب فيها الإلقاء أم لا، وسواء كان فيها أم لا؛ بأن يكون في زورق، أو على الشط، بخلاف ما إذا أطعم إنسان المضطر طعامه؛ فإنه يرجع على أحد الوجهين، والفرق ما ذكرناه في المسألة قبلها.

وعن «المنهاج» للشيخ أبي محمد: إجراء الوجهين فيما إذا ألقى المتاع ولا خوف عليه، وأبدى الإمام ذلك احتمالاً لنفسه، وقال: ظاهر كلام الأئمة بخلافه.

ولا نزاع[١] في أن الإلقاء والاستدعاء إذا كان في غير حالة الخوف لا يجب الضمان، وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يضمن وإن كان الإلقاء في حالة الأمن من الغرق، وقال: إنه أقيس.

وأما أخذ الرهن في هذا الضمان فلا يجوز.

قال الماوردي: وقد أجازه بعض أصحابنا كالضمان، وليس بصحيح؛ لأن حكم الضمان أوسع من حكم الرهن؛ لأن ضمان الدرك يجوز، وأخذ الرهن عليه [لا يجوز][٢].

فرع: حكاه الشيخ وغيره:

لو قال: بع مالك من فلان بخمسمائة وعليَّ خمسمائة، فالأصح: أنه لا يصح.

وفيه وجه، واختاره في «المرشد».

---

(١) في أ: خلاف.

(٢) في أ: فلا يصح.

فائدة: الواجب على المستدعى بعد الإلقاء المثل إن كان الملقى مثليًّا، والقيمة إن كان من ذوات القيم، ويعتبر بما قبل هيجان الأمواج؛ لأنه لا قيمة له في تلك الحالة.

وفي «النهاية» في أوائل كتاب السلم حكاية عن القاضي: أنه ذكر وجهًا: أن الواجب في ذوات القيم المثل الصوري، كما في القرض.

قلت: وهذا منه يدل على أن الملقَى يملكه المستدعى.

وهو قضية ما حكاه الماوردي؛ فإنه قال في كتاب الأيمان: حكى ابن أبي هريرة قولين فيما إذا قال لغيره: أعتق عبدك عني، متى يملكه الآمر؟

أحدهما: أنه يصير بإعتاقه مالكًا له قبل إعتاقه، وهو الظاهر من المذهب.

والثاني: أنه ليس بمالك، وإنما يجري عليه حكم الملك؛ فإنه قبل العتق لا يملك، وبعده لا يصح أن يملك.

ثم قال: ومثل هذين القولين يجري فيما إذا قال: ألق متاعك في البحر وعليَّ قيمته، هل يصير مالكًا قبل إلقائه أم لا؟ على هذين القولين:

أحدهما: أنا لا نعلم بعد إلقائه: أنه كان مالكًا قبل إلقائه.

والثاني: يجري عليه حكم الملك؛ لأنه قبل الإلقاء لا يملك، وبعده لا يصح أن يملكه.

والذى حكاه الإمام هاهنا وغيره: أن الملقَى لا يخرج عن ملك الملقِي حتى لو لفظه البحر على الساحل، واتفق الظفر به فهو لمالكه، ويسترد الضامن ما بذله، وهل للمالك أن يمسك ما أخذه، ويرد بدله؟ فيه خلاف كما في القرض.

فروع:

لو قال: ألق متاعك في البحر؛ على أن أضمنه وكل واحد من ركبان السفينَة، كان ضمانًا للجميع، ولو قال: علي أن أضمِّنه[1] ركبان السفينة، [فإنه يلزمه][2] بحصته.

ولو قال: علي أن أضمنه وركبان السفينة، وعلي تحصيله[3] من مالهم، فإنه يضمن جميعه.

---

(١) زاد في جـ: و.

(٢) في أ: فهو ضامن.

(٣) في جـ: تخليصه.

ولو قال: علي أن أضمنه وركبان السفينة، وقد أذنوا لي في هذا الضمان عنهم، وأنكروا ذلك - وجب عليه ضمان الكل.

ولو قال: أنا وهم ضامنون، أو: على أن أضمنه وركبان السفينة[١] - ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه يلزمه الجميع.

ومقابله: أنه يلزمه بحصته، وينسب إلى اختيار المزني.

ولو قال: ألق متاعك على أن أضمنه وركبان السفينة، فأذن له فألقاه، ففيه وجهان:

أحدهما - وبه قال القاضي أبو حامد -: أنه يلزمه ضمان الجميع.

وعلى الثاني: لا يلزمه إلا قدر حصته.

ولو قال: أُلْقِي[٢] متاعي وعليك ضمانه؟ فقال: نعم، أو: أجل، فألقاه - لزمه ضمانه.

ولو قال[لآخر][٣]: ألق متاع فلان وعلي ضمانه إن [طالبك، فألقاه][٤] فالضمان على الملقي دون الآمر.

ثم قول المستدعى عن ركبان السفينة: هم ضامنون، إما للجميع أو للحصة: إن قصد به الإخبار عن ضمان سابق منهم، فاعترفوا به توجهت المطالبة عليهم، وإن أنكروا فهم المصدقون، وإن قال: أردت إنشاء الضمان عنهم، فعن بعض الأصحاب: أنهم إن رضوا به وجب المال عليهم، والظاهر خلافه؛ لأنا [لا][٥] نرى وقف العقود، وهذا ما ارتضاه القاضي الحسين والإمام، وقرَّب في «الوسيط» الأول؛ لأن هذا يبني على المسامحة.

قال: ولا يثبت في الضمان خيار المجلس ولا خيار الشرط؛ لأن الخيار يطلب لطلب الحظ، والضامن يعلم أنه مغبون، قال الشيخ وابن الصباغ: يقال في الكفالة: إن أولها ندامة، وأوسطها ملامة، وآخرها غرامة.

فلو شرط فيه خيار الثلاث للضامن - فسد، وسواء فيه كفالة المال والبدن،

---

(١) زاد في جـ: أو قال: أنا ضامن وهم ضامنون.

(٢) في جـ: ألقِ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في جـ: طالبتك بإلقائه.

(٥) سقط في أ.

وإن شرط للمضمون له فلا أثر له؛ لأن الخيار له دائمًا.

وفي «الحاوي» عند الكلام في تأجيل الضمان حكاية قول للشافعى فيما إذا شرط للضامن أن الضمان لا يفسد ويبطل الشرط.

قال: ولا يجوز تعليقه على شرط مستقبل، أي: مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت [لك](١)، أو: إن لم يؤد ما لك غدًا فأنا ضامن؛ لأنه عقد من العقود فلا يقبل التعليق كالبيع ونحوه.

وكما لا يقبل التعليق لا يقبل التأقيت، مثل أن يقول: أنا ضامنه إلى شهر، فإذا انقضى ولم أغرم أبرأُ.

وعن ابن سريج: أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب - جاز التعليق؛ لأن من حقيقة الضمان قبل الوجوب تعليق مقصوده بالوجوب؛ فعلى هذا: لو قال: [إذا](٢) بعت عبدك لفلان بألف، فأنا ضامن للثمن، فباعه منه بألفين - قال ابن سريج: لا يكون ضامنًا [للشيء، وقال صاحب «التقريب»: يكون ضامنًا لألف.

ولو باعه بخمسمائة فعند صاحب «التقريب»: يكون ضامنًا لها](٣)، وعند ابن سريج: لا.

قلت: وقد حكى الإمام عن ابن سريج في أواخر هذا الباب: أن رجلاً لو ادعى: أن فلانًا ضمن لي ألف درهم، وأقام شاهدين: شهد أحدهما: أنه ضمن ألفًا، والآخر: أنه ضمن خمسمائة - [فالألف لا تثبت](٤)، وهل تثبت الخمسمائة؟ فعلى قولين خرجهما ابن سريج، وكان يتجه أن يخرج مثلهما هاهنا(٥).

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) بدل ما بين المعقوفين في أ: لها لألف.
(٤) في جـ: قالا تثبت.
(٥) قوله: وخرج ابن سريج قولا بجواز تعليق الضمان، فعلى هذا: لو قال: إذا بعت عبدك لفلان بألف فأنا ضامن للثمن، فباعه منه بخمسمائة - فعند صاحب «التقريب»: يكون ضامنا لها، وعند ابن سريج: لا. ثم قال: قلت: وقد حكى الإمام عن ابن سريج في أواخر هذا الباب: أن رجلا لو ادعى أن فلانا ضمن لي ألف درهم، وأقام شاهدين: شهد أحدهما أنه ضمن ألفا، والآخر أنه ضمن خمسمائة - فالألف لا تثبت، وهل تثبت الخمسمائة؟ فعلى قولين خرجهما ابن سريج، وكان يتجه أن يخرج مثلهما هاهنا. انتهى كلامه. =

ولو قال: إذا أقرضته عشرة، فأنا ضامن لها، فأقرضه خمسة عشر - كان ضامنًا لعشرة على الوجهين؛ لأن من أقرض خمسة عشر، فقد أقرض عشرة، والبيع بخمسة عشر ليس بيعًا بعشرة.

ولو أقرضه خمسة فقد وافق ابن سريج على أنه يضمنها.

قال الإمام: وهذا يخالف قياسه؛ لأن الشرط لم يتحقق.

قال: وإن[1] **شرط ضمانًا فاسدًا في بيع،** أي: مثل أن قال: بعتك هذا بدرهم على أن يضمنه لي فلان، على أنه بالخيار في الأداء - بطل البيع في أحد القولين دون الآخر، وتوجيههما قد تقدم في كتاب الرهن.

ولا نزاع في أنه لو شرط في البيع، أو في زمن الخيار: أن يضمن له نقص الغراس والبناء الذي يحدث[2] في الأرض المبيعة عند خروجها مستحقة، وقلع ذلك - أن البيع باطل قولًا واحدًا؛ كما صرح به القاضي أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما.

قال: وللمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه، أي: إذا كان الدين حالًا وضمنه على حكمه، أو أطلق، أو كان مؤجلًا وضمنه على حكمه، أو أطلق ثم حل: لقوله ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»[3] ولم يفرق.

ولأنه دين حال على مليء؛ فجاز لمستحقه أن يطالب أيهما شاء؛ كالضامنين والغاصبين أحدهما من الآخر.

فإن قيل: لا نسلم أن الدين يبقى في ذمة المضمون عنه، بل الضمان نقله[4] إلى ذمة الضامن فلا يملك المضمون له إلا مطالبته، كما صار إليه أبو ثور فيما حكاه عنه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ. ويدل على ذلك ما روى جابر: أن النبي ﷺ قال لأبي قتادة لما ضمن الدينارين: «حَقُّ الْغَرِيمِ عَلَيْكَ وَبَرِئَ مِنْهُ

= وما حاوله - رحمه الله - من تخريج الأولى على هذا الخلاف سهو؛ فإن الحكم المذكور فيها -أعني في الأولى- مفرع على صحة التعليق، والمعلق عليه هو البيع بألف، ولم يوجد؛ فلذلك جزم ابن سريج بأنه لا يكون ضامنا لشيء، وهذا المعنى غير موجود في مسألة الشهادة. [أ و].

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) في جـ: يحدثه.
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) في جـ: ينقله.

المَيِّتُ»، قال: نعم[(١)]: وقوله ﷺ لعلي لما ضمن الدرهمين: «جَزَاكَ اللهُ عَنِ الْإِسْلَامِ خَيْرًا، وَفَكَّ رِهَانَكَ[(٢)] كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ»[(٣)]، وهذا يدل على أن المضمون عنه يبرأ من الدين بالضمان، ويؤيده أنه ﷺ[(٤)] امتنع من الصلاة قبل الضمان، فلما حصل الضمان صلى.

فالجواب عن [حديث][(٥)] أبي قتادة: أن المراد من قوله ﷺ: «وَبَرِئَ مِنْهُ [المَيِّتُ][(٦)]» براءته من رجوع أبي قتادة عليه؛ لأنه ضمان بغير أمره[(٧)]، وقد روى جابر: أنه ﷺ قال لأبي قتادة من الغد: «مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ ؟» فقال: يا رسول الله، إنما دفناه أمس، ثم قال له من بعد: «مَا فَعَلَ الدِّينَارَانِ ؟»[(٨)] قال: قضيتهما يا رسول الله، قال: «الآن بَرَّدتَ جِلْدَتَهُ»[(٩)]، فلو[(١٠)] كان الحق قد انتقل بالضمان لكان قد بَرَّدها به.

وعن حديث علي: أن[(١١)] المراد بفك رهان الميت، الفك من امتناع النبي ﷺ [من الصلاة عليه][(١٢)].

وعن امتناعه من الصلاة قبل الضمان وصلاته بعده: بأنه[(١٣)] كان من أهل الصُّفَّة كما حكاه الماوردي لا يملك شيئًا فلما ضمن عنه الدين صار كمن خَلَّف وفاءً، وامتناع الصلاة كان إذا لم يخلف الميت وفاء.

وقد حكى الماوردي عن أبي ثور أنه قال: لا يطالب الضامن إلا إذا

---

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي، ص (٢٣٣) برقم (١٦٧٣) ومن طريقه البيهقي في السنن الصغرى (٥/ ٣٣٥) برقم (٢٠٧٧).

(٢) في جـ: رهنك.

(٣) تقدم.

(٤) زاد في جـ: لما.

(٥) سقط في أ.

(٦) في جـ: بغير إذنه.

(٧) في جـ: إذنه.

(٨) في جـ: الدينارين.

(٩) أخرجه أحمد (٣/ ٣٣٠)، وأبو داود (٢/ ٢٦٧) كتاب البيوع، باب: في التشديد في الدين، برقم (٣٣٤٣)، والنسائي (٤/ ٦٥) كتاب الجنائز، باب: الصلاة على من عليه دين، برقم (١٩٦٢)، وابن حبان (٧/ ٣٣٤) برقم (٣٠٦٤)، والدارقطني (٣/ ٧٩)، والحاكم (٢/ ٥٨)، والبيهقي (٦/ ٧٥).

(١٠) في أ: ولو.

(١١) في أ: وبأن.

(١٢) سقط في جـ.

(١٣) في جـ: فإنه.

تعذرت[١] عليه مطالبة المضمون عنه، ثم قال: وجعل ابن أبي هريرة هذا قولًا محتملًا، وخرجه لنفسه، والصحيح هو الأول.

ثم محله إذا أطلق الضمان، أما إذا قال: بشرط براءة الأصيل، فقد حكينا في صحة الضمان وجهين عن ابن سريج، وأشبههما: المنع؛ لأنه قرن به شرطًا يخالف مقتضى الضمان، فإن قلنا بالصحة، ففي صحة الشرط وجهان.

قال الرافعي: وقد يعكس الترتيب، ويقال: في صحة الشرط وجهان، وإن فسد ففي فساد الضمان وجهان.

وإذا صححناهما، برئ الأصيل، وبقي الحق في جهة الضامن، وله الرجوع على المضمون عنه في الحال؛ إن كان قد ضمن عنه بإذنه، كما حكاه الرافعي.

فرع: لو أفلس الضامن والمضمون عنه، وأراد الحاكم بيع مالهما في دينهما، فقال الضامن: ابدأ ببيع مال المضمون عنه، وقال المضمون له: أريد بيع مال أيكما شئت بديني - قال الشافعي، كما حكاه الماوردي عن رواية حرملة: إن كان الضامن ضمن بأمر المضمون عنه فالقول قوله، وإن ضمن بغير أمره فالخيار إلى المضمون له في بيع مال أيهما شاء.

أما إذا ضمن الضامن الدين الحال مؤجلاً إلى أجل معلوم ففي صحته وجهان: أحدهما - وهو الأصح، والذى أورده العراقيون-: الصحة.

وعلى هذا: فلا يطالب[٢]: إلا كما التزم، وهذا ما يوجد لعامة الأصحاب، وفي «تعليق» القاضي الحسين: إنه يصح حالًا على وجهٍ، وادعى الامام إجماع الأصحاب على أن الأجل لا يثبت، وأن في فساد الضمان بفساده وجهين[٣]، أظهرهما: الفساد.

ومن العجب: أن اعتماد الإمام في كتابه على القاضي، وقد حكى في «تعليقه» أن الضمان يصح، ويثبت الأجل، وأن للشافعي ما يدل عليه.

وما ذكرناه يجري فيما لو كان الدين مؤجلًا إلى شهر فضمنه إلى شهرين، ولو ضمن المؤجل حالاً، فقد حكى العراقيون في صحته وجهين، أصحهما-: وبه جزم القاضي الحسين-: الصحة.

---

(١) في جـ: تعذر.
(٢) في جـ: فعلى هذا لا يطالب.
(٣) في أ: وجهان.

وعلى هذا: فهل عليه الوفاء بشرط التعجيل؟ فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال ابن سريج[1] كما حكاه الماوردي-: نعم، وغلطه.

وأشبههما - وبه قطع القاضي الحسين-: لا؛ لأنه فرع فينبغي أن يكون كأصله.

وعلى هذا: فالأجل يثبت في حقه مقصودًا أم تبعًا لقضاء حق المشابهة؟ حكى الإمام فيه وجهين تظهر فائدتهما فيما لو مات الأصيل قبل الحلول: فإن قلنا: يثبت تبعًا، حلَّ على الضامن أيضًا، وإلا فلا.

والحكم فيما لو كان الدين مؤجلاً إلى شهرين فضمنه إلى شهر كذلك.

فرع: إذا كان له ألف، فأعطاه عليها رهنًا، وأقام له بها ضامنًا - صح.

وإذا حل الحق، فقولان حكاهما القاضي أبو حامد في «جامعه»:

أحدهما: أن لصاحب الحق مطالبة الضامن، وليس [له][2] بيع الرهن إلا بعد تعذر استيفائه من الضامن.

والثاني: ليس له مطالبة الضامن إلا بعد تعذر استيفائه من الرهن.

قال الماوردي في أواخر الرهن: والصحيح عندي: أن له بيع الرهن ومطالبة الضامن.

قال: فإن ضمن عن الضامن ضامن آخر طالب الكل؛ لأن الضمان صحيح لكون الدين المضمون لازمًا على الضامن كما هو على الأصيل، وإذا صح الضمان توجهت المطالبة؛ لما ذكرناه.

ومقتضى ما حكيناه[3] عن [ابن][4] أبي هريرة: أنه لا يطالب الضامن الثاني ما لم يعجز عن مطالبة الأول.

ويؤيده أن القاضي الحسين وغيره قالا: إن الضامن الثاني مع الأول كالأول مع الأصيل سواء، وأثر هذا يظهر في البراءة أيضًا، ويجوز أن يضمن الأصيل ضامن آخر وأكثر؛ لبقاء الحق في ذمته - كما قررناه - ويجوز أن يضمن الأصيل وضامنه ضامن، ولا يجوز للأصيل أن يضمن ضامنه ما[5] ضمنه عنه.

وهل يجوز لأحد الضامنين للأصيل أن يضمن صاحبه فيما ضمنه عن الأصيل؟

---

(١) في جـ: شريح.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: ذكرناه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: مما.

المذهب: لا.

وعن ابن سريج: أنه يجوز.

قال الماوردي: وهو خطأ.

فرع: إذا ضمن ألفًا بشرط أن يرهن [بها][(١)] عينًا، ففي صحة الضمان وجهان، كما لو رهن عنده رهنًا على ألف بشرط أن يضمن الألف[(٢)] ضامن، فإن[(٣)] في صحة الرهن وجهين[(٤)] حكاهما الماوردي في أواخر كتاب الرهن.

قال: فإن أبرأ الأصيل برئ الكفيل؛ لأن الفرع يسقط بسقوط أصله، دليله: انفكاك الرهن بالبراءة من الدين.

قال: وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل؛ لأنه إسقاط وثيقة [الدين][(٥)]، فلا يسقط بها الدين، كما لو فك الرهن.

قال: وإن قضى الكفيل الدين، فإن كان [قد][(٦)] **ضمن عنه بإذنه رجع عليه؛** لأن الضمان الذي هو سبب الوجوب وقع بالإذن، والأداء الذي حصلت به براءة ذمتها مرتب عليه؛ فاكتفى به، وهذا هو المنصوص في النكاح والطلاق في رواية الربيع، وفي «الإملاء» على مسائل مالك كما حكاه القاضي أبو الطيب، وبه قال ابن أبي هريرة، وأكثر الأصحاب كما حكاه الماوردي وصححه.

قال: وقيل: لا يرجع حتى يضمن بإذنه ويؤدي[(٧)] **بإذنه؛** لأن الضمان قد يوجد معه الأداء، وقد لا يوجد؛ فلم يكن الإذن فيه مستلزما للأداء، فإذا لم يصرح بالإذن فيه، كان كما لو أدى دين غيره بغير إذنه، وهذا ما حكى الجيلي أنه الأصح في «الشامل»، ولم أره في هذا الموضع فيه.

وقد خص الماوردي محل الخلاف بما إذا أدى الضامن الدين من غير مطالبة، وجزم بالرجوع فيما إذا أداه بعد المطالبة له والتشديد عليه ومحاكمته، وفي «الشامل» وغيره حكاية هذا وجهًا ثالثًا عن أبي إسحاق، معبرين عنه بأنه: إن أدى من غير مطالبة أو عن مطالبة، لكنه أمكنه مراجعة الأصل واستئذانه، فلم يفعل - لم يرجع، وإن لم يمكن[(٨)] مراجعته لكونه غائبًا أو محبوسًا فله الرجوع.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: الدين.
(٣) في جـ: قال.
(٤) في أ: وجهان.
(٥) سقط في أ، جـ.
(٦) سقط في التنبيه.
(٧) في التنبيه: ويدفع.
(٨) في جـ: يتمكن من.

قال الإمام: وقد مال إلى هذا صاحب «التقريب».

وحكى ابن الصباغ والبندنيجي عن الأصحاب: أن الأوجه تجري فيما إذا وكل إنسانًا في أن يشتري له عبدًا بألف، وأدى الوكيل ذلك من ماله؛ إذ المطالبة[1] متوجهة عليه.

وقال الماوردي: إن الحكم في الوكيل كما ذكره في الضمان، وروى الإمام رمزًا عن صاحب «التقريب» فيما إذا ضمن بالإذن، وأدى بالإذن من غير شرط الرجوع: أنه لا يرجع.

وقد حكيت مثله وجهًا عن رواية الماوردي فيما إذا صالح عن المنكر أجنبي بإذنه.

قال: وإن ضمن بغير إذنه لم يرجع؛ لأن الأداء فرعُ الضمانِ ولم يأذن فيه، فكان كما لو قضى دينه بغير إذنه، وهذا هو الأصح.

قال: وقيل: إن دفع بإذنه رجع؛ لأن الأداء هو المقصود، وقد حصل بالإذن، وخص الماوردي محل هذا الوجه بما إذا قاله له: أدِّ عني ما ضمنته، وجزم بعدم[2] الرجوع فيما إذا [قال: أد ما ضمنته، من غير أن يقول: أدِّ عني، وجزم بالرجوع فيما إذا][3] قال [له][4]: أدِّ عني ما ضمنته لترجع عليَّ به.

ولم يجعل الإمام لهذه الزيادة أثرًا في الرجوع، وبنى القاضي الحسين الكلام في هذه المسألة على ما إذا قال ابتداء لشخص: أدِّ ديني، من غير شرط الرجوع، وفي ذلك وجهان، أصحهما: أنه يرجع، فإن قلنا بأنه لا يرجع فهاهنا أولى، وإن قلنا بالرجوع فهاهنا وجهان، والفرق: أن في الضمان قد التزم فغلب[5] في أدائه القيام بما وجب عليه، وقد حكى الإمام عن شيخه في مسألة الأداء بالإذن من غير ضمان: أنه رتبها على ما إذا وهب إنسان لإنسان شيئًا من غير شرط الثواب، وهاهنا أولى بالرجوع؛ لوجهين:

أحدهما: أن الهبة في صيغتها مصرِّحة بالتبرع، وليس كذلك الأمر بالأداء.

والثاني: أن المتبرع مبتدئ بالهبة، والاستدعاء فيما نحن فيه قرينة من ثبوت الرجوع.

---

(١) في جـ: الطلبة.
(٢) في جـ: بعد.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: فغلبه.

وكان يقول في الهبة قولاً ثالثًا فارقًا بين أن يكون الواهب ممن يسترفد[١] من مثل الموهوب له أم لا.

ثم قال الإمام: ولا يمتنع أن يتخرج وجه ثالث هاهنا على هذا النحو.

والذى اختاره القاضي أبو الطيب في مسألة الأداء بالإذن من غير ضمان - كما حكاه ابن الصباغ في كتاب الرهن - قول أبي إسحاق، وهو ثبوت الرجوع، وقال: إنه ظاهر كلام الشافعي.

والذى اختاره الشيخ أبو حامد، وقال ابن الصباغ: إنه الذي يجيء على المذهب - قول ابن أبي هريرة، وهو عدم الرجوع؛ تمسكًا بمسألة القصَّار إذا قصر الثوب من غير شرط.

ولو ضمن بغير الإذن وأدى بغير الإذن فلا رجوع له عندنا اتفاقًا، وإن كان قد قام عنه بواجب؛ لأن أبا قتادة لما وفى الدينارين عن الميت، قال له - عليه السلام-: «الآن بَرَّدتَ جِلْدَتَهُ»، فلو كان الدين يثبت في ذمته، مع أنه ضمن وأدى بغير الإذن، لما كانت الجلدة قد بردت؛ لأن الدين الذي سقط خلفه غيره. وفي هذا نظر من حيث إن الأصحاب صرفوا قوله ﷺ لأبي قتادة: «وَبَرِئَ مِنْهُ الْمَيِّتُ» إلى براءته بالنسبة إلى أبي قتادة - كما ذكرناه[٢] - وإذا كان كذلك ففيه دليل على أن للضامن أن يرجع وإن ضمن وأدى بغير الإذن.

وحوالة الضامن المضمون له على من له عليه دين كالقضاء فيما ذكرناه، وكذا الحوالة عليه إن شرطنا رضاه، وإن لم نشرطه[٣] فلا يتجه أن يجيء وجه أبي إسحاق.

ثم محل الرجوع - حيث بينته - إذا أشهد الضامن[٤] على الأداء رجلين يقبل الحاكم شهادتهما، أو رجلاً وامرأتين كذلك، وكذا لو أشهد من ظاهره[٥] العدالة، وإن كان في الباطن غير عدل؛ على أولى الوجهين في الرافعي.

ولو أشهد عدلاً واحدًا؛ اعتمادًا على أنه يحلف معه، ففي «الحاوي» وغيره حكاية وجهين، أصحهما في «الرافعي»: أنه يكفي.

---

(١) في أ: يستوهب.
(٢) في جـ: ذكرنا.
(٣) في جـ: نشترطه.
(٤) في جـ: الحاكم.
(٥) في جـ: ظاهرهما.

ووجه مقابله: أنه قد يرفع الأمر إلى حنفي فلا يقضى به، وذلك تقصير منه.

وخص القاضي الحسين محل الخلاف بما إذا مات الشاهد أو غاب، أما إذا كان حاضرًا، وشهد وحلف معه الضامن عند إنكار المضمون له القبض - فإنه يرجع وجهًا واحدًا، وعلى ذلك جرى البندنيجي والمتولي أيضًا، وألحق بحال موته ما إذا رفعه[(١)] إلى حاكم لا يرى الشاهد واليمين.

أما إذا لم يشهد من يقع الاغتناء به نظر:

فإن صدقه المضمون له وعنه كان كما لو أشهد، وإن كذباه فلا رجوع له، وإن كذبه المضمون عنه وصدقه المضمون له، رجع على أصح الوجهين، وإن كذبه المضمون له، وصدقه المضمون عنه فالقول قول رب الدين، وله مطالبة الأصيل والضامن، فإن غرم الضامن، كان له الرجوع على[(٢)] المضمون عنه؛ إن كان تصديقه لكونه حضر الأداء وجهًا واحدًا، وكذا إن صدقه ولم يكن حاضرًا على المذهب.

وفيه وجه: أنه لا يرجع؛ لأن الأول غير مبرًّا في الظاهر، والثاني هو مظلوم فيه[(٣)].

وقد أجرى الماوردي هذا الوجه فيما لو كان المضمون عنه حاضر الأداء؛ بناء على أنه يجب على الضامن الإشهاد، فإن كان المضمون عنه حاضرًا ثم [أداه رجع بما غرمه أولاً][(٤)]؛ إن كان الأصيل حاضر الأداء الأول.

وإن كان غائبًا فثلاثة أوجه:

أحدها:

يرجع بالأول[(٥)].

والثاني: بالثاني.

[وفائدتهما تظهر][(٦)] فيما لو كان الأول صحيحًا والثاني مكسرًا.

والثالث - حكاه المتولي-: بأقلهما.

---

(١) في الأصول: رفعت.
(٢) في جـ: عن.
(٣) في أ: وفيه.
(٤) في جـ: إذا رجع فهو بما غرمه أولى.
(٥) في جـ: فالأول.
(٦) في جـ: ويظهر فائدتها.

وتجري هذه الأوجه أيضا فيما إذا[١] كان الأصيل حاضر الأداء على الوجه الصائر إلى وجوب الإشهاد بحضرة[٢] الأصيل.

وإن غرم رب الدين الأصيل، فهل للضامن الرجوع عليه بما غرمه[٣] فيه وجهان، أصحهما في «تعليق» القاضي الحسين وغيره فيما إذا كان المضمون عنه حاضر الأداء: الرجوع، وفيما إذا كان غائبًا: العدم، وبه جزم البندنيجي.

فإن قلنا: إن له أن يرجع عليه، فله تحليفه إذا أنكر.

وإن قلنا: لا يرجع عليه، فينبني تحليفه على أن النكول مع اليمين كالبينة أم الإقرار؟ فإن قلنا: كالبينة، كان له تحليفه، وإلا فلا، كذا صرح به المتولي.

فرع: إذا أشهد[٤] من يكتفي به في الرجوع، فمات أو غاب، فلا أثر لذلك في منع الرجوع إذا صدق المضمون عنه على جريان الإشهاد، إلا أن يشهد من يعرف[٥] أنه يظعن عن قريب.

وفي «النهاية» حكاية وجه فيما إذا مات من أشهده: أنه لا يرجع إذا لم ينتفع[٦] المضمون عنه بأدائه - فإن القول قول رب الدين في نفي الاستيفاء[٧]، ولو كذبه في دعواه الإشهاد، فالقول قول المضمون عنه على الأصح، وفيه وجه: أن القول قول الضامن؛ لأن الأصل عدم التقصير.

ولو عين الضامن شاهدين، وقال: إنه أشهدهما، فكذباه، فهو كما لو لم يشهد. ولو قالا: لم نذكر وربما نسينا، ففيه تردد للإمام.

فرع: إذا كان الضامن بحيث إذا غرم رجع، فهل له مطالبة المضمون عنه بشيء قبل الأداء؟

قال الأصحاب: إن طولب الضامن بأداء الدين وحبس، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه إن كان بالغا عاقلاً، وإن كان صغيرًا وقد أذن أبوه في الضمان فكذلك له مطالبة الأب بتخليصه قبل بلوغ الصبي، وبعده يطالب الصبي الذي بلغ، كما صرح به الماوردي.

---

(١) في جـ: لو.
(٢) في جـ: وبحضرة.
(٣) في جـ: ضمنه.
(٤) في أ: شهد.
(٥) في جـ: يعلم.
(٦) في أ: ينفع.
(٧) في جـ: الإشهاد.

وإن لم يطالب فهل له المطالبة بتخليصه؟ فيه وجهان، أصحهما: لا.

فعلى هذا: للضامن أن يقول للمضمون له: إما أن تبرئني من الحق، وإما أن تطالبني به لأطالب المضمون عنه بفكاك ذمتي، هكذا حكاه البندنيجي عن أبي العباس.

وقد حكى عن القفال وجه: أن الضامن ليس له المطالبة بالتخليص، وإن طالب[١] ما لم يغرم، والمشهور هو الأول.

ومعنى التخليص: أن يؤدي دين المضمون له ليبرأ ببراءته.

وقد حكى الأصحاب: أن أصل الوجهين في تمكن الضامن من المطالبة بالتخليص قبل المطالبة وجهان خرجهما ابن سريج: في أن مجرد الضمان هل يثبت للضامن حقًّا على الأصيل ويوجب عُلْقةً بينهما أم لا؟ وبعضهم حكى هذا الخلاف قولين، وبنوا على هذا الأصل أربع مسائل أخر:

منها: أن الضامن هل يتمكن من تغريم الأصيل المال قبل أن يغرم؟ فيه وجهان ذكرهما الشيخ أبو محمد.

ومنها: إذا أخذ المال هل يملكه؟ فيه وجهان، فإن قلنا: إنه يملكه، فله التصرف فيه كالفقراء إذا أخذوا الزكاة المعجلة، لكن لا يستقر ملكه عليه إلا بالغرم، حتى لو أبرأه المستحق رد ما أخذه.

ومنها: أن الضامن إذا حبس هل له حبس المضمون عنه، وقد قلنا: له المطالبة بتخليصه كما قيده الإمام؟ فيه وجهان، والأصح: لا.

ومنها: لو أبرأ الضامن الأصيل مما سيغرمه هل يبرأ؟ إن قلنا: إن الضمان بمجرده يثبت عُلْقَةً، صح، وإلا خرج على الإبراء مما لم يجب ووجد سبب وجوبه.

ومنها: لو رهن المضمون عنه عند الضامن شيئًا على ما سيغرمه هل يصح؟ فيه وجهان، وهما يجريان في الضمان:

فإن صححناه وشرط في ابتداء الضمان أن يعطيه بما يضمنه ضامنًا أو رهنًا - صح، فإن وفىَّ به وإلا فله فسخ الضمان.

وإن أفسدناه فشرطه في ابتداء الضمان، فسد به الضمان على أصح الوجهين.

---

(١) في أ: طلب.

فرع: إذا أدى ضامنُ الضامنِ الدينَ كان حكمه مع من ضمنه كحكم الضامن مع الأصيل.

وإذا لم يكن له الرجوع على الضامن الأول، [لم يثبت بأدائه للأول الرجوع على الأصيل.

وإن كان له الرجوع على الضامن الأول][1]، فرجع عليه، رجع الأول على الأصيل إذا وجد شرطه.

ولو أراد ضامن الضامن أن يرجع على الأصيل، نظر:

إن كان الأصيل قد قال له: اضمن عن ضامني، ففي رجوعه عليه وجهان؛ كما لو قال لإنسان: أدِّ ديني، وليس كما لو قال: اقضِ دين فلان، ففعل؛ حيث لا يرجع على الآمر؛ لأن الحق لم يتعلق بذمته، ولو لم يقل له: اضمن عن ضماني، فإن كان الحال بحيث لا يقتضي رجوع الأول على الأصيل، لم يرجع الثاني عليه، وكذلك لو كان يقتضيه على أصح الوجهين.

فرع: إذا أدى الضامن الدين، وكان ثمن مبيع، فخرج مستحقًّا - استحق عين ما بذل، وإن خرج معيبًا، فرده المضمون عنه، نظر:

إن كان الضمان في صورة تثبت الرجوع، وجب رد المقبوض على المضمون عنه؛ فإنا نقدر دخول المدفوع في ملك المضمون عنه قبيل الدفع للمضمون له، كما صرح به الإمام في ضمن ما إذا ضمن للمرأة صداقًا عن زوجها، وغرم، ثم ارتدت قبل المسيس.

وإن كان في صورة لا تثبت له الرجوع، فهذا شبيه بما إذا أدى ذلك من غير ضمان.

وقد حكى الإمام في أواخر كتاب الرهن وجهين في أن المقبوض - والحالة هذه - هل يرد إلى المؤدي أو إلى المؤدى عنه؟ وكذلك حكى المحاملي هذين الوجهين في كتاب الرهن أيضًا.

تنبيه: ما الذي يرجع به الضامن إذا ثبت له الرجوع؟ ينظر: فإن كان المضمون مثليًّا وقد أداه، رجع بمثله، وإن كان من ذوات القيم كالحيوان ونحوه، قال الإمام هاهنا[2]: لا يمتنع أن يجري فيه الخلاف المذكور في إقراض الحيوان، وصرح

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: هنا.

بحكاية ذلك عن رواية القاضي في أوائل باب السلم، فقال في وجه: يرجع بالمثل الصوري، وفي وجه[١]: بالقيمة. وهذا البحث صحيح؛ لما تقرر أن المؤدي عند الرجوع فيه بسبب العيب، يرجع إلى المضمون عنه.

قال: وإن ضمن دينًا مؤجلاً فقضاه قبل الأجل، لم يرجع قبل الأجل؛ لأنه متبرع بالتعجيل.

وهكذا الحكم فيما لو مات الضامن وأدى ورثته المال بسبب حلوله [عليهم][٢] لا يرجعون به قبل الأجل.

قال: وإن مات أحدهما حل [عليه][٣] **الدين**؛ لوجود سبب الحلول في حقه، ولا[٤] **يحل على الآخر**؛ لعدم ما يقتضيه، فلو حل به لكان إضرارًا به؛ فإنه[٥] يرتفق بالأجل، وخرج ابن القطان وجهًا فيما إذا مات الأصيل: أن الدين يحل على الضامن؛ لأنه فرعه[٦].

ونقل ابن كج وجهًا: أن الضامن إذا مات لا يحل عليه كما لا يحل على الأصيل، والمذهب: ما حكاه الشيخ.

نعم، لو كان الميت هو الأصيل، فأخر المستحق المطالبة، كان للضامن أن يطالبه بأخذ حقه من تركة الأصيل في الحال، أو يبرئ الضامن؛ لأن التركة قد تهلك، فلا يجد مرجعًا إذا غرم.

وفى[٧] رواية أبي على وجه: أنه ليس للضامن هذه المطالبة.

قال: وإن تطوع بزيادة لم يرجع بالزيادة [كما][٨] إذا كان [الدين][٩] مكسرًا فدفعه صحاحًا[١٠] ونحو ذلك؛ لأنه تبرع بها.

ولو كان المدفوع مكسرًا عن الصحاح لم يرجع إلا بالمكسر كالمسألة التي تليها.

وهذا ما جزم به البندنيجي، واختاره الشيخ أبو محمد، وخرج بعضهم ذلك

---

(١) زاد في أ: يرجع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في أ، والتنبيه: ولم.
(٥) في أ: وإنه.
(٦) في أ: فرع، وفي جـ: فرع له.
(٧) في أ: وعن.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في جـ: صحيحًا.

على الخلاف في المسألة التي تليها.

قال: وإن دفع إليه عن الدين - أى[(١)]: الثابت في ذمته بطريق الضمان - ثوبًا، رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين؛ لأن قيمة الثوب إن نقصت لم يغرم إلا هى، وإن زدات لم يرجع بالزائد؛ لأنه متبرع به، وهذا ما جزم به الماوردي، وهو الأصح.

وقيل: يرجع فيما إذا كانت قيمة الثوب أقل من الدين بقدر الدين، وهو ما حكاه الروياني في «البحر» عن ابن سريج، وأنه طرده فيما إذا قضى المكسَّر عن الصحاح؛ لأنه قد حصل براءة ذمته بما فعل، والمسامحة جرت معه.

ولو أنه باعه الثوب بقدر الدين وتقاصًا فالرجوع بالدين بلا خلاف، أما إذا دفعه عن الدين المضمون بأن قال للمضمون [له][(٢)]: بعتك هذا [الثوب][(٣)] بما ضمنته لك عن فلان، ففي صحة البيع وجهان حكاهما الرافعي عن الأستاذ أبي منصور البغدادي.

فإن صححناه، فيرجع بما ضمنه أم بالأقل مما[(٤)] ضمنه ومن قيمة الثوب؟ فيه وجهان.

قلت: والخلاف في صحة البيع قريب مما حكيته في الصلح عن الإمام وغيره [فيما إذا أدى من لم يكن ضامنًا عن دين غيره][(٥)] عوضًا، هل يصح؟ فيه وجهان، والأصح: الصحة.

وقد رجع حاصل الخلاف إلى أن الضامن يرجع بما أسقط، أو بما أدى إذا كان أقل مما أسقط.

وعلى ذلك يخرج[(٦)] ما لو ضمن ذمي عن مسلم مالًا لذمي، ثم تصالحا على خمر:هل يبرأ المسلم؟ فيه وجهان.

إن قلنا بالأول: انبنى على ما أشرنا إليه، وإن قلنا: إن الضامن يرجع بما أسقط، رجع هاهنا بقدر الدين، وإن قلنا: [بما أدى][(٧)]، فلا.

---

(١) زاد في أ: الدين.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: عما.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: يجري.
(٧) في أ: بالثاني.

قال: وإن أحاله الضامن على من له عليه دين، رجع على المضمون عنه[(١)]، أي: **في الحال؛ لأن الحوالة إما بيع - كما هو الصحيح - فأشبه ما إذا أعطاه عن الدين ثوبًا، وإما استيفاء، وهو لو أوفاه لرجع؛ فكذلك إذا أحاله.**

قال: وإن أحاله على من لا دين له عليه، أي: **وصححناها - لم يرجع، أي: في الحال؛ لأنه لم يغرم شيئًا.**

قال: حتى يدفع إليه المحال عليه[(٢)]، **ثم يرجع على الضامن، فيغرمه، ثم يرجع الضامن على المضمون عنه؛ لأنه حينئذ قد غرم بإذنه.**

وهذا من الشيخ تفريع على أن هذه الحوالة لا تحصل براءة ذمة المحيل في الحال؛ بناء على أنها في الحقيقة ضمان - كما حكيناه عن صاحب «التهذيب» وغيره في بابها - وقد وجد من المحيل الإذن في الأداء، أو لم يوجد على أصح الوجوه فيما إذا ضمن بالإذن، فأدى[(٣)] بغير[(٤)] الإذن؛ إقامة للحوالة مقام الإذن في الضمان؛ كما صرح به البندنيجي.

أما إذا قلنا: إنها تحصل براءة الذمة في الحال، فلا يشترط دفع المحال عليه المال للمحتال، بل يشترط رجوع المحال عليه على المحيل الذي هو الضامن[(٥)]؛

---

(١) في ج: له.
(٢) زاد في التنبيه: و.
(٣) في أ: وأدى.
(٤) في أ: بغيره.
(٥) قوله: قال: وإن أحاله على من لا دين له عليه، أي: وصححناها - لم يرجع في الحال؛ لأنه لم يغرم شيئا.
قال: حتى يدفع إليه المحال عليه، ثم يرجع على الضامن فيغرفه، ثم يرجع الضامن على المضمون عنه؛ لأنه حينئذ غرم بإذنه.
وهذا من الشيخ تفريع على أن هذه الحوالة لا تحصل براءة ذمة المحيل في الحال.
فإن قلنا بالبراءة لم يشترط دفع المحال عليه، بل يشترط رجوع المحال عليه على المحيل الذي هو الضامن. انتهى كلامه.
واعلم أن الشيخ قد صحح في باب الحوالة: أن الحوالة على من لا دين عليه غير صحيحة، واقتضى كلامه أنا إذا صححناها برئت ذمة المحيل كما نقله عنه المصنف هناك، وحينئذ فيصير تقريره هنا لكلام الشيخ مخالفًا للمذكور هناك من وجهين، وهما: جزمه بصحة الحوالة، وبعدم البراءة، ولنا عن هذا كله مندوحة؛ فإن الشيخ هنا لم يتعرض لصحة الحوالة ولا لبطلانها، والحكم الذي ذكره لا يتوقف على صحتها؛ لأن ما وقع إذن في أداء الدين، والإذن فيه كافٍ في استحقاق الرجوع إذا وقع الأداء؛ فيكون قد صحح هناك بطلانها، وفرع هنا على ما صححه هناك، وهذا أصوب من التقرير الذي ذكره المصنف؛ فإنه واضح جلي لا تناقض معه. [أ و].

كما صرح به الرافعي في باب الحوالة، وإن كان القاضي أبو الطيب وابن الصباغ قد صارا إلى براءة ذمة الضامن والمضمون عنه بمجرد الحوالة إذا صححناها، وقالا كما قاله الشيخ.

قلت: وقد حكى الرافعي فيما إذا صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل(١): أن الأصيل يبرأ، وأن الحق يبقى في ذمة الضامن، وأن له الرجوع على المضمون عنه في الحال إن كان قد ضمن عنه بإذنه، ومثل ذلك يظهر مجيئه هاهنا؛ إذ لم يظهر لي فرق بينهما.

قال: وإن(٢) **دفع إليه الحق، ثم وهبه منه رجع**؛ لأنه عاد إليه بسبب جديد، فلم يسقط رجوعه، كما لو وهبه لأجنبي، ثم وهبه الأجنبي منه، وهذا هو الأصح في «الجيلي»، واختاره في «المرشد».

قال: وقيل: لا يرجع؛ لأنه لم يغرم شيئًا على الحقيقة، وقد صرح الأئمة بأن هذا الخلاف وجهان مبنيان على القولين فيما إذا وهبت المرأة زوجها الصداق، ثم طلقها قبل الدخول.

قال: ولا تصح الكفالة بالأعيان: كالغصوب، والعواريِّ، وكذا بالعين المبيعة قبل القبض، والعين في يد المستلم؛ لأن حقيقة الضمان: ضم ذمة إلى ذمة، والذي [تكون](٣) العين مضمونة عليه لا شيء في ذمته بعد، وهذا هو المذهب في «بحر المذهب».

قال: وقيل: تصح؛ لأن الأعيان يستحق تسليمها [بعقد البيع وغيره؛ فاستحق تسليمها](٤) بعقد الضمان؛ كالديون.

وبنى ابن سريج(٥) الخلاف - كما حكاه البندنيجي - على الخلاف في كفالة البدن، فقال: إن قلنا [بأنها](٦) لا تصح، لم تصح هذه، وإلا صحت.

ومقتضى هذا البناء: أن يكون الصحيح الصحة، وهو الذي اختاره في «المرشد».

وحكى الرافعي: أن بعضهم جزم به وإن أجرى الخلاف في كفالة البدن،

---

(١) زاد في أ، جـ: والشرط.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: ابن كج.
(٦) سقط في أ.

وأنه[١] فرق بأن حضور الخصم ليس مقصودًا في نفسه، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال، وهاهنا المضمون رد العين، وهي المقصودة بالرد.

فعلى هذا: لو تلفت العين قبل الرد، فهل عليه قيمتها؟

حكى البندنيجي عن ابن سريج أنه خرجه على الوجهين الآتيين فيما لو مات المكفول ببدنه[٢].

ومقتضى هذا: أن يكون الصحيح عدم اللزوم، ولكن الذي اختاره في «المرشد»: اللزوم.

فعلى هذا: [هل يجب][٣] في المغصوب أقصى القيم أم قيمة يوم التلف؛ لأن الكفيل لم يكن متعديًا؟ حكى الإمام فيه وجهين.

وإذا تلفت العين المبيعة في يد البائع انفسخ العقد، فإن لم يكن المشتري قد وفى الثمن لم يطالب الضامن بشيء، وإن كان قد وفاه فهل يغرم الضامن الثمن أو أقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع؟ فيه وجهان، أظهرهما: أولهما.

وهذا كله إذا تكفل برد أعيانها، أما إذا تكفل برد قيمتها إذا[٤] تلفت، فقد قال في «التهذيب»: يبني ذلك على أن المكفول ببدنه إذا مات هل يغرم الدين؟ إن قلنا: نعم، صح ضمان القيمة لو تلفت العين، وإلا لم يصح، وهو الأظهر[٥].

وأيضًا: فإن القيمة قبل التلف ليست بواجبة وهي مجهولة عند الوجوب؛ فيكون ضمانها ضمان ما لم يجب وهو مجهول.

تنبيه : الكفالة: بفتح الكاف.

ويقال: كفله، وكفل به، وكفل عنه، وتكفل به.

الغصوب: جمع غصب، وهو اسم الشيء المغصوب.

قال الجوهري: وشيء[٦] غصب، ومغصوب.

وياء[٧] «العواري» يجوز تشديدها.

قال: وفي كفالة البدن قولان، أصحهما : أنها تصح؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّ لَهُۥٓ أَبًا

---

(١) في جـ: فإنه.
(٢) في جـ: بدنه.
(٣) في أ: فيجب.
(٤) في أ: لو.
(٥) في أ: الأصح.
(٦) في جـ: بنى.
(٧) في أ: وأما.

شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُۥٓ﴾[يوسف:٧٨]، قيل: وذلك كفالة البدن.

وقد روي أن عبد الله بن مسعود لما ضرب عنق عبد الله بن النَّوَّاحة؛ لكونه أذَّن في مسجده مسجد بني حنيفة، وقال [فيه](١): أشهد أن مسيلمة رسول الله(٢) - شاور الصحابة في بقية من كان في المسجد حين الأذان، فقال عدي بن حاتم: تُؤْلُولُ كُفْرٍ قد أطلع رأسه فاحْسِمْه وقال غيره: استَتِبْهم، [فإن تابوا كفِّلْهم عشائرهم وإلا قتلوا، فاستتابهم](٣) فتابوا، فخلَّى عنهم وكفَّلهم عشائرهم(٤). وهذا يدل على إجماعهم على أن الكفالة بالبدن صحيحة.

ولأن بالناس حاجةً إليها كحاجتهم لكفالة المال.

ولأن البدن يستحق تسليمه بعقد النكاح والإجارة؛ فاستحق تسليمه بعقد الضمان كالدين.

والثاني: لا يصح؛ لقوله تعالى: ﴿قَالَ مَعَاذَ ٱللَّهِ أَن نَّأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَٰعَنَا عِندَهُۥٓ﴾[يوسف:٧٩]، [فكان قوله ذلك إنكارًا للكفالة أن تجوز حين سأل إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلًا(٥) عمن وجد متاعه عنده](٦).

ولأنها كفالة بعين؛ فلم تصح كالكفالة ببدن الشاهد والزوجة.

ولأن المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه، وإنما يجب عليه الخروج مما عليه من الحق، وحبسه - إن حبس - ليخرج من الحق، فَلَأَلاَّ يجب على الكفيل تسليم المكفول به أولى، وهذا القول أخذ من قول الشافعي في «الدعاوى والبينات» بعد أن نص على جوازها: «كفالة البدن ضعيفة».

وأجاب من صار إليه عن أثر ابن مسعود بأنه وقع بعد التوبة، [ثم هو](٧) ضمان [من عليه حد لله تعالى، والخصم يسلم عدم صحة الضمان به](٨).

وهذه الطريقة صار إليها المزني، وأبو إسحاق، وابن أبي هريرة والقاضي أبو حامد.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) زاد في أ: وكان قد.
(٣) سقط في أ.
(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٨/ ٢٠٦) كتاب المرتد، باب: من قال في المرتد يستتاب مكانه فإن تاب وإلا قتل.
(٥) زاد في أ: بدلًا.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في أ.

قال: وقيل: تصح قولًا واحدًا؛ لما ذكرناه. وقد صار إلى هذه الطريقة ابن سريج وطائفة من متقدمي الأصحاب، وحملوا قول الشافعي: إنها ضعيفة، على ضعفها من جهة القياس.

وما أجاب[١] به القائلون بالمنع عن أثر ابن مسعود: بأن الاستدلال به وقع من جهة أن الصحابة أمروا بأن يُكَفِّلَهم عشائرهم، وذلك منهم دليل على أن كفالة البدن مشهورة عندهم، لا من خصوص هذه الكفالة، كما استدل الأصحاب بمثل ذلك في قول الصحابة لعمر - رضي الله عنه - في حق ولديه: يا أمير المؤمنين، لو جعلته قراضًا[٢].

التفريع:

إن قلنا بالبطلان فلا كلام، وإن قلنا بالصحة فله شروط:

أحدها: أن يكون عارفًا بالمكفول بدنه.

وهل يشترط أن يكون عارفًا بالمكفول له؟ فيه وجهان.

الثاني: أن يكون على المكفول بدنه حق يستحق المطالبة به، سواء كان ثابتًا في الظاهر أم لا، هكذا قاله الماوردي.

وقال البندنيجي وغيره: أن يكون على المكفول به حق يصح ضمانه.

وما قاله الأول يقتضي جواز الكفالة ببدن امرأة يدعي رجل زَوْجِيَّتها، وكذا الكفالة بها لمن ثبتت زوجيَّتُه، وكلام البندنيجي وغيره يقتضي عدم ذلك، وقد صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ عند الكلام في توجيه القولين في صحة الكفالة، ويقرب منه قول المتولي: إن[٣] حكم الكفالة ببدنها حكم الكفالة ببدن من عليه قصاص؛ لأن المستحق عليها[٤] لا يقبل النيابة.

وما ذكرناه في ضمان المرأة يجيء مثله في ضمان العبد الآبق، وقد صرح ابن سريج بأنه يصح ضمانه.

ومقتضى كلام الماوردي: أنه تصح الكفالة ببدن الكفيل؛ كما صرح به في «المهذب»، وعلى قول البندنيجي يلزم منه الدَّوْر؛ لأنا لا نعلم: أنه يصح ضمانه

---

(١) في جـ: أجاز.
(٢) تقدم.
(٣) زاد في أ: الظاهر.
(٤) في جـ: عليه.

إلا إذا وجد الشرط(١)، والشرط: أن يكون ما عليه يصح ضمانه.

ثم مقتضى الكلامين: جواز(٢) الكفالة ببدن من هو ببغداد لمن هو في البصرة، وقد صرح الإمام بعدم الجواز؛ لأن من بالبصرة لا يلزمه الحضور ببغداد في الخصومات، والكفيل فرع المكفول بدنه(٣)؛ فإذا لم يجب عليه الحضور لا يمكن إيجاب الإحضار على الكفيل.

قال الرافعي: وهذا منه بناء على ما سنذكره من أن المكفول لو كان فوق مسافة القصر، أو غاب إليها(٤) لا يلزمه إحضاره.

الثالث: هل يشترط أن يكون عارفًا بقدر ما على المكفول بدنه(٥) من الدَّيْن إن كان الضمان لأجله؟ فيه وجهان يبنيان على أنه إذا مات: هل يلزم الكفيل ما عليه أم لا؟ وبقية الشروط مذكورة في الكتاب نأتي عليها - إن شاء الله تعالى.

قال: وإن تكفل ببدن من [عليه](٦) **حد لله - تعالى**(٧) - أي: كحد الزنى لم يصح؛ لأن الكفالة للاحتياط شرعت، وبناء الحد على الإسقاط، [وحكى القاضي الحسين قولين في كتاب اللعان في جواز الكفالة](٨).

قال: وإن تكفل ببدن من عليه قصاص، أو حد قذف صح؛ لأنه حق لآدمي فأشبه ما لو كان له عليه دين.

قال: وقيل: لا تصح(٩)؛ لأنه لا تصح(١٠) الكفالة بما عليه فلم تصح ببدنه كمن عليه حد لله تعالى.

وهذه طريقة ابن سريج ومتقدمي الأصحاب، وحكاها الماوردي عنهم في حدود الله تعالى أيضا: كحد الزنى والخمر.

والقاضي الحسين حكى الخلاف المذكور قولين في كتاب اللعان.

وصرح الرافعي بنسبة ذلك إلى أبي الطيب بن سلمة وابن خيران، وادعى القاضي أبو الطيب الإجماع على عدم صحة الكفالة [في حدود الله **تعالى**، وقد

---

(١) في أ: الشروط.
(٢) زاد في جـ: في.
(٣) في أ: ببدنه.
(٤) في جـ: هل.
(٥) في أ: ببدنه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في التنبيه: عز وجل.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: يصح.
(١٠) في أ: يصح.

حكى الرافعي عن الشيخ أبي حامد: أنه بنى القولين في صحة الكفالة][1] ببدن من عليه قصاص أو حد قذف، على أنه إذا مات المكفول ببدنه، هل يغرم الكفيل ما عليه من الدين؟ إن قلنا: نعم، لم تصح[2]، وإلا صحت.

ومقتضى هذا البناء: أن يكون[3] قولُ التصحيح المذهبَ، كما اقتضاه كلام الشيخ، واختاره القفال، وصاحب «المرشد»، وجزم به بعضهم، وادعى الروياني أن المذهب المنع.

قال: وإن تكفل بجزء شائع من الرجل، [أي:][4] كالثلث والربع.

قال: أو بما لا يمكن فصله عنه[5] - أي: مع بقاء الحياة - كالكبد والقلب صح؛ لأنه لا يمكن تسليم ذلك إلا بتسليم جميع البدن؛ فأشبه ما لو قال: تكفلت ببدنه.

وقيل: لا يصح، وهو اختيار الشيخ أبي حامد والقاضي [أبي][6] الطيب وابن الصباغ؛ لأن ما لا يسري إذا خص به عضو لم يصح كالبيع.

والذى جزم به الماوردي: [الأول][7]، وألحق به ما إذا قال: كفلت لك نفسه، أو روحه، أو وجهه، أو عينه، وحكى الخلاف عن ابن سريج فيما لو قال: تكفلت لك [بيده أو رِجْله][8] وما في معناهما.

وأجرى البندنيجي الخلاف فيما لو قال: كفلت لك عينه، والقاضي الحسين أجراه فيما لو قال: كفلت شعره.

وقد تَنَخَّلَ[9] بما إذا تكفل بعضو من البدن ثلاثة أوجه، كما صرح [بحكايتها في «المهذب» وغيره،][10] ثالثها: إن كان المكفول عضوًا لا يبقى البدن دونه صح، وإلا فلا، وهذا ما صححه البغوي.

وروى الرافعي وجهًا رابعًا عن القفال في «شرح التلخيص»: أنه إن تكفل بما يعبر به عن جميع البدن: كالرأس والرقبة، صح، وإلا فلا، وقال عنه: إنه صححه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يصح.
(٣) زاد في أ، جـ: الراجح.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: منه.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: رجله أو بيده.
(٩) في أ: يجيء.
(١٠) في أ: في لمهذب وغيره بحكايتها.

قال: وإن تكفل به بغير إذنه لم يصح؛ **لأن المقصود إحضار المكفول بدنه عند المطالبة، فإذا كان بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه؛ فبطلت فائدة الكفالة.**

قال: وقيل: تصح[(١)]؛ **كما يصح [ضمان][(٢)] الدين بغير إذن من هو عليه، وهذا قول ابن سريج، وبناء على أنه إذا عجز عن إحضاره يلزمه الغرم، والأول مبني على أنه لا يلزمه الغرم عند العجز عن إحضاره.**

وحكى صاحب «التقريب» وجهًا في جواز الكفالة به بغير إذنه إن[(٣)] قلنا: إن الكفيل لا يغرم عند العجز عن إحضاره.

ثم على قول ابن سريج: للكفيل مطالبة المكفول بدنه بالحضور معه [إذا طالبه المكفول له بإحضاره، ويجب على المكفول بدنه الحضور معه][(٤)] لا من جهة الكفالة، بل من جهة الوكالة في إحضاره.

فلو لم يقل المكفول له للكفيل: أحضره، ولكن قال [له:][(٥)] اخرج من الكفالة - فهل يستلزم ذلك التوكيل في إحضاره حتى يلزم المكفول بدنه الحضور مع الكفيل؟ فيه وجهان عن ابن سريج كما حكاه البندنيجي عنه وغيره، واستبعده الأئمة.

قلت: وفي وجوب الحضور معه مع التصريح بطلبه من المكفول له، نظر من حيث إن من عليه الحق لا يجب عليه الحضور إذا طلبه صاحب الحق بنفسه كما ذكرناه من قبل، وصرح به الإمام في موضعه، بل الواجب وفاء الحق، نعم: إذا استدعى القاضي الخصم وجب عليه الحضور؛ إجابة له.

وإذا كان صاحب الحق غير قادر على إحضاره، فوكيله أولى؛ ولهذا المعنى خَطَّأ الماوردي [ابن سريج][(٦)] في قوله.

وقال القاضي الحسين: إن المذهب عدم صحة الكفالة؛ لأنه ليس له أن يكلفه الحضور إلا بإذن الحاكم، حتى لو وكله الخصم في إحضاره لم يكن له ذلك.

وقد بنى الماوردي صحة الكفالة ببدن الصبي والمجنون على الخلاف في

---

(١) في التنبيه: يصح.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: وإن.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ، جـ.
(٦) في جـ: المزني.

اعتبار إذن المكفول ببدنه، وقال: إنها على المذهب لا تصح.

وذلك منه محمول على ما إذا لم يأذن الولي فيها، أما إذا أذن صحت وجهًا واحدًا، كما في البالغ العاقل، ويكون الولي هو المخاطب من جهة الكفيل بالإحضار إذا طولب الكفيل به؛ للحاجة إلى إقامة البينة على عينهما بإتلافهما مال الغير، وغير ذلك، وهذا ما لم يزل الحجر عنهما.

أما إذا زال فلا طلبة على الولي، والمطالب[١] بالحضور من زال عنه الحجر، كما صرح [به غير][٢] الماوردي.

ومؤنة إحضار المكفول ببدنه[٣] واجبة على الكفيل، صرح بذلك القاضي الحسين.

واعلم أن محل خلاف ابن سريج في صحة الكفالة بغير الإذن - كما حكاه القاضي الحسين-: ما إذا تكفل به بعد ثبوت المال.

أما إذا كان قبل ثبوته فلا خلاف أنه لا يصح بدون الإذن.

قال: وإن أطلق الكفالة طولب به في الحال؛ لأن كل عقد صح حالًّا ومؤجلًا إذا أطلق كان حالًّا كالعوض في البيع والإجارة.

قال: وإن شرط فيه أجلا - أي: معلومًا - طولب [به][٤] **عند المحل**؛ وفاء بالشرط كما في ضمان الأموال، والمحل: بكسر الحاء.

أما إذا كان مجهولاً: كما إذا أُجِّلَ بالحصاد والقطاف والصرام، ففي الصحة وجهان عن ابن سريج حكاهما البندنيجي وغيره، وأصحهما: البطلان، ووجه الصحة: القياس على العارية.

وقد أجرى مثل هذا الخلاف فيما لو علق كفالة البدن بمجيء الشهر، وكذا[٥] فيما لو علقها بحصاد الزرع، أو بقدوم زيد، لكنه في التعليق بالحصاد مرتب على الخلاف بمجيء الشهر وأولى بالبطلان، وفي التعليق بقدوم زيد مرتب [على][٦] [التعليق بالحصاد][٧] وأولى بالبطلان أيضًا.

---

(١) في أ: المخاطب.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: بدن.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) في أ: كما.
(٦) زاد في أ: عليه ومن.
(٧) في جـ: الحصاد.

فرع: لو اشترط أن يكفله شهرًا، فإذا انقضى برئ من كفالته - لم يصح على الأصح، وفيه وجه محكى في «التتمة» وقول في «التهذيب»: أنه يصح.

قال: وإن أحضره قبل المحل وليس عليه ضرر في قبوله، أي: مثل أن كان حقه حالًّا وبينته حاضرة، والقاضي يتيسر الاجتماع به في ذلك الوقت؛ ولا ظالم يمنعه من تسليمه - قال: وجب قبوله؛ لما ذكرناه في السلم.

وقد حكى القاضي الحسين وجهًا: أنه لا يجب قبوله كما حكينا مثله في السلم.

وعلى الأصح: إذا لم يقبله سلمه الكفيل إلى الحاكم، فإن لم يكن حاكم أشهد عليه شاهدين بالامتناع من التسليم، [ويبرأ.

وقال القاضي أبو الطيب: لا يحتاج إلى الدفع إلى القاضي، بل يشهد الشاهدين ابتداء][1]، وهذا ما اختاره ابن الصباغ وجزم به في «المهذب».

أما إذا كان [عليه][2] ضرر بأن فقد ما ذكرناه أو بعضه، لم يجب قبوله لدفع الضرر عنه.

فرع: حكاه القاضي أبو الطيب وغيره:

إذا تكفله[3] على أن يسلمه[4] إليه في موضع، فسلمه إليه في موضع آخر:

فإن كان عليه مؤنة في حمله إلى موضع التسليم لم يلزمه قبوله.

وإن لم يكن عليه مؤنة ولا ضرر لزمه قبوله كما ذكرناه في المحل، ولا فرق في ذلك بين [المكان والزمان][5].

وهكذا الحكم فيما لو أطلق العقد وأحضره في غير موضع العقد؛ فإنه يستحق تسليمه في موضع العقد.

وحكى البندنيجي عن ابن سريج وجهًا فيما إذا أحضره إليه في غير الموضع المشروط، أو في غير الموضع الذي أطلق فيه العقد: أنه لا يلزمه قبوله، وإن لم يكن عليه ضرر؛ كما لو أحضره له في [غير][6] البلد، وسوى الماوردي بين البلد والمحلة فيما ذكرناه أولاً.

(١) سقط في جـ، وزاد في أ: ويبرأ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: تكفل.
(٤) في أ: تسليمه.
(٥) في أ: الزمان والمكان.
(٦) سقط في جـ.

قال: وإن سلَّم[١] **المكفول به نفسه**، أي: عن الكفيل؛ كما قيده القاضي أبو الطيب وغيره - **برىء الكفيل**؛ كما لو قضى المضمون عنه الدين؛ فإن ضامنه يبرأ من ضمانه، أما إذا أطلق فلا يبرأ، صرح به الرافعي وغيره.

وهكذا لو لم يسلم نفسه، لكن ظفر به المضمون له في مجلس الحكم، فادعى عليه بالحق.

وكذا لو سلمه أجنبي لا عن جهة الكفالة، ولو سلمه عن جهة الكفالة برئ لكن للمكفول له الامتناع من قبوله إذا كان [ذلك][٢] بغير إذن الكفيل، ولو كان بإذنه وجب تسليمه.

فرع: لو تكفل ببدنه اثنان، فأحضره أحدهما، أطلق العراقيون: أنه لا يبرأ، وقال في «المهذب»: يحتمل عندي أنه يبرأ؛ كما لو قضى أحدهما الدين.

وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن المزني، وحكى ابن يونس هذا الخلاف وجهين.

وفي «التهذيب»: أنهما إن كفلا على الترتيب وقع تسليمه عن المسلم دون صاحبه، سواء قال: سلمت عن صاحبي، أو لم يقل، وإن كفلا معًا فوجهان، المذكور منهما في «تعليق» القاضي الحسين: أنه[٣] يبرأ.

قال: **وإن غاب** - أي: إلى موضع معلوم - **لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن المضي** [فيه إليه والرجوع][٤]؛ لأن القدرة على تسليم[٥] الدين المضمون شرطٌ في المطالبة؛ فكذلك في البدن.

فإذا مضت تلك المدة ولم يأت به حبسه الحاكم إلى أن يحضره أو يموت المكفول به[٦].

---

(١) في أ: أسلم. (٢) سقط في أ. (٣) زاد في أ، ج: لا.

(٤) في التنبيه: إليه فيه. (٥) في ج: تسلم.

(٦) قوله: وإن غاب المكفول إلى موضع معلوم لم يطالب به حتى يمضي زمان يمكن المضي فيه إليه والرجوع، فإذا مضت تلك المدة ولم يأت به حبسه الحاكم إلى أن يحضره أو يموت المكفول به. انتهى كلامه.

وما ذكره في آخره من تقييد غاية حبسه بالموت ليس كذلك بل الصواب ما قاله في «المطلب»: إلى أن يتعذر إحضاره بموت أو جهل بموضعه أو إقامة عند من يمنعه.

واعلم أن الاقتصار على مدة الذهاب والإياب ذكره الأصحاب - أيضا - وينبغي أن تعتبر مع ذلك مدة إقامة المسافرين، وهي ثلاثة أيام غير يوم الدخول والخروج؛ للاستراحة وتجهيز المكفول. [أ و].

وهكذا الحكم فيما لو كان المكفول به ابتداء غائبًا.

وفي «الجيلي» حكاية وجه في مسألة الكتاب: أنه يحبس في الحال، وهذا ما حكاه القاضي الحسين في «تعليقه».

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن تكون المسافة قريبة أو بعيدة كما صرح به البندنيجي، وصححه الرافعي.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنه إذا كان في مسافة القصر لا يكلف إحضاره؛ إلحاقًا لهذه الغيبة بالغيبة المنقطعة كما لو غاب الولي أو شاهد الأصل إليها. انتهى.

فرع: لو كان المكفول بدنه حال المطالبة به محبوسًا أو لحق بدار الحرب، قال المزني: يلزمه إحضاره من دار الحرب؛ لأنه ما مات، وإن كان في الحبس فعليه رده إليه؛ لأنه يمكنه أن يقضي دينه ويفكه[1] من الحبس.

قال البندنيجي: والذي عليه أصحابنا: أنه يلزمه تسليمه إليه وهو في الحبس كما فصلناه.

والذى فصله: أنه إن كان في حبس الحاكم، فقال المكفول له: احضر مجلس الحكم حتى تتسلمه - فإنه يحضر معه، ويسلمه إليه في الحبس، والحاكم ينظر بينه وبين المحبوس.

قال: وإن انقطع خبره لم يطالب به حتى يعرف مكانه؛ لعدم القدرة على التسليم قبل العرفان، وإمكانه بعده كما في ضمان المعسر.

قال: وإن مات سقطت الكفالة؛ لأن الإحضار [منوط][2] بالحياة؛ فإنه الذي يخطر بالبال غالبًا، وقد انتهت بالموت.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون المكفول مشهور النسب؛ بحيث لا يحتاج في الشهادة عليه إلى إحضاره، أو لا.

وفيه وجه صححه الرافعي وغيره: أنه إذا لم يكن مشهور النسب، واحتيج إلى إقامة الشهادة على عينه-: أنها لا تسقط بالموت، بل يطالب بإحضاره ما لم يدفن[3]؛ كما تصح الكفالة ببدن الميت؛ لهذا الغرض.

---

(١) في جـ: ونقله.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: ما لم يدفع.

فإن دفن لم يُنْبَش، قاله في «التهذيب».

قال: وقيل: يطالب الكفيل بما عليه من الحق، أي: إن كان قد ضمنه بعد ثبوت الحق كما قاله القاضي الحسين؛ لأن الكفيل وثيقة في الحق، فإذا مات من عليه وجب استيفاؤه من الوثيقة، أصله: الرهن، وهذا قول ابن سريج.

وقيل: يلزمه أقل الأمرين من قدر الدين أو دية المكفول.

وقد حكى الرافعي وغيره: أن هذا الخلاف مبني على القولين في أن السيد يفدي العبد الجاني بماذا؟

وفي ذلك نظر؛ لأن وجه من قال: إن السيد يفدي العبد بالأكثر[1]؛ لاحتمال وجود زَبُونٍ يشتريه به، وهذا الاحتمال مفقود هاهنا بل هذا شبيه بأم الولد إذا جنت.

وقد حكى الماوردي: أن ابن سريج طرد قوله فيما إذا هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم أو توارى.

وقال الرافعي: إن الخلاف في هذا مرتب على الموت، وأولى بألا يطالب إذا لم يحصل اليأس عن إحضاره، وهو الذي جعله القاضي الحسين المذهب.

ولو شرط في الكفالة أنه إذا عجز عن تسليمه غرم الدين: فإن قلنا إنه يغرم عند الإطلاق، فلا بأس، وإلا لم يصح؛ لأنه ضمان معلق بشرط، وفي صحة الكفالة بالبدن دون المال وجهان يبنيان على تفريق الصفقة، كذا حكاه القاضي الحسين.

أما إذا كان قد ضمنه ولم يثبت الحق عليه بعدُ ومات فلا شيء عليه.

فروع:

لو مات المكفول له، [هل][2] تبطل الكفالة؟ فيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج:

أظهرها - وهو ما حكاه الماوردي -: بقاء الكفالة؛ كما لو ضمن له المال. فعلى هذا: لو كان للميت ورثة، وموصى لهم، وغرماء، فسلمه إلى الورثة والغرماء والموصى لهم دون الوصي، ففي براءته ثلاثة أوجه[3]، أحدهما: لا؛ كما

---

(١) في أ: بالأرش.

(٢) سقط في أ.

(٣) في جـ: وجهان.

لو سلمه إلى واحد من الثلاثة دون الباقين، أو إلى اثنين منهم، حكاه الماوردي.

والثاني: أنها تنقطع؛ لأنها ضعيفة.

والثالث: إن كان له وصي أو عليه دين بقيت؛ لأن الوصي نائبه، وتمس حاجته إلى قضاء الدين، فإن[1] لم يكن وصي ولا عليه دين، انقطعت.

وأبدل في «الوسيط» لفظ «الوصي» بـ«الوصية»، والمذكور في «النهاية» ما ذكرناه.

لو مات الكفيل: قال الماوردي: فعلى مذهب الشافعي سقطت الكفالة.

ويجيء على مذهب ابن سريج: أنها لا تبطل؛ لأنها قد تفضي إلى مال، فيتعلق بالتركة، ثم قال: لكن لم أجد له نصًّا[2] فيه.

[لو تكفل ببدن فلان على أن يبرأ فلان من كفالته، أو: على أن يبرئه من الكفالة - لم تصح الكفالة.

وفي «المهذب» وجه في الثانية عن ابن سريج: أنها تصح، وهو ما حكاه القاضي الحسين في المسألة الأولى؛ فإن[3] الأول يبرأ إذا رضي المضمون له، وطرد فيما إذا ضمن دينًا له به ضامن آخر بشرط أن يبرأ الضامن[4] الآخر إذا تكفل ببدن زيد، ثم قال: تكفلت به ولا حق لك عليه - فالقول قول المكفول له، لكن بيمين أو بغير يمين؟ فيه وجهان حكاهما العراقيون، وحكى الغزالي فيما لو قال الكفيل: كنت أبرأت قبل كفالتي ولم أعرف - في سماع دعواه للتحليف - وجهين يجريان في كل دعوى محتملة [يناقضها عقد سابق][5]][6].

* * *

(١) في أ: وإن.
(٢) زاد في أ: أيضًا.
(٣) في د: وأن.
(٤) زاد في جـ، د: من.
(٥) سقط في د، وفي جـ: بتقاضيها عقد سابق.
(٦) من أول قوله: لو تكفل ببدن إلى هنا سقط في أ.

باب الشركة

الشركة - بكسر الشين وإسكان الراء - والشِّرْكُ: بمعنى واحد.

وجمع الشركة: شِرَك، بكسر الشين وفتح الراء.

وهي في اللغة بمعنى: الاختلاط والامتزاج.

وفي الشرع: عبارة عن ثبوت الحق في الشيء الواحد لمستحقَّينِ على جهة الإشاعة.

ثم هي تحصل تارة بالخلط على الوجه الذي نبيِّنُه، وتارة بالشيوع الحكمي، وذلك يقع على وجهين:

أحدهما: بالاختيار، كما إذا اشتريا عينًا أو اتَّهَبَاها أو أوصي لهما بها أو تُصُدِّق عليهما بها، ونحو ذلك.

والثاني: بغير الاختيار، كما إذا ورثاها أو غنماها ونحو ذلك.

والمراد بالشركةِ المُبَوَّب عليها: الشركة لابتغاء العمل بالتصرف.

والأصل في جوازها قبل الإجماع من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ﴾ [ص:٢٤] .

[ومن السنة][١] ما روى أبو داود عن أبي هريرة عن[٢] رسول الله ﷺ [أنه][٣] قال: «يَقُولُ اللهُ تعالى: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَالم يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا»[٤].

---

(١) سقط في ج. (٢) في أ: أن. (٣) سقط في أ.

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٦) كتاب البيوع، باب: في الشركة حديث (٣٣٨٣) والدارقطني (٣/ ٣٥) كتاب البيوع، حديث (١٣٩) والحاكم (٢/ ٥٢) والبيهقي (٦/ ٧٨) كتاب الشركة، باب: الأمانة في الشركة وترك الخيانة، كلهم من طريق محمد بن الزبرقان عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة به وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.
قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤٧٤، ٤٧٥): قال ابن القطان في كتابه وهو حديث إنما يرويه أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة، وأبو حيان هو يحيى بن سعيد بن حيان أحد الثقات لكن أبوه لا يعرف له حال ولا يعرف من روى عنه غير ابنه، ويرويه عن أبي حيان أبو همام محمد ابن الزبرقان، وحكى الدارقطني عن لوين أنه قال: لم يسنده غير أبي همام.

وما روي أنه ﷺ قال: «يَدُ اللهِ عَلَى الشَّرِيكَينِ مَا لَمْ يَتَخَاونَا»[١].

ولقد[٢] كان البراء بن عازب وزيد بن أرقم شريكين، فاشتريا فضية بنقد ونسيئة، فبلغ رسول الله ﷺ «فأمرهما: أن : مَا كَانَ بِنَقْدٍ فأجِيزُوهُ، وَمَا كَان بِنَسِيئَةٍ فَرُدُّوهُ»[٣].

قال [الشيخ رحمه الله][٤]: يصح عقد الشركة [أي][٥] التي سنصفها من كل جائز التصرف بالإجماع. ولأن وضع الشركة توكيل بالتصرف منضم إلى التصرف في الملك والوكالة تصح من كل جائز التصرف ولا تصح من غيره؛ لأنه تصرف في المال فافتقر إلى أهلية التصرف فيه كالبيع.

فإن قيل : إذا كان وضع الشركة التوكيل، والأحكام لا تتغير بها فأي فائدة منها؟

قيل : الشركة ما أثبتت لتغيير وضع الأصول، وإنما الغرض منها أن المال إذا قل لا يجري في المتاجر، وإذا كثر انتظمت التجارة.

فالمقصود منها تكثير المال للتوصل إلى تحصيل الربح.

ولا فرق في صحة العقد بين أن يصدر بين مسلمين أو كافرين، أو [بين][٦] مسلم وكافر. نعم شركة المسلم للكافر مكروهة؛ لما روي عن ابن عباس -رضي الله عنهما- أنه قال: أكره أن يشارك المسلم اليهودي. ولا يُعرف له مخالف.

ولأن مال الكفار ليس بطيب؛ لأنهم يبيعون الخمور ويتعاملون بالربا؛ ولذلك كرهت مخالطته. [ومن هذه][٧] العلة يظهر لك أنه لا فرق في الكراهة بين أن يكون المتصرف[٨]: المسلم أو الكافر، كما صرح به البندنيجي، وقد ألحق الغزالي بالكافر في الكراهة: الفاسقَ.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٥)، من حديث محمد بن أحمد الشيباني، نا أبو ميسرة النهاوندي، نا جرير، عن أبي حيان التيمي، عن أبيه، وإسناده ضعيف؛ لجهالة والد أبي حيان.

(٢) في أ: وقد.

(٣) أخرجه البخاري (٥/ ١٥، ١٦)، كتاب البيوع، باب: التجارة في البر وغيره، برقم (٢٠٦٠، ٢٠٦١).

(٤) سقط في جـ.

(٥) سقط في جـ.

(٦) سقط في جـ.

(٧) في جـ: ولهذه.

(٨) في أ: التصرف من.

قال: ولا يصح، أي عقد الشركة إلا على الأثمان على ظاهر النص، والأثمان: الدراهم والدنانير خاصة والدليل على صحته عليهما: الإجماع. وعلى عدم صحته على غيرهما من النقار، والسبائك، وذوات الأمثال والعُروض[١]: أنه عقد يبتغى به النماء فاختص بالأثمان لتيسر المقصود بها[٢] كالقراض.

وهذا ما نسبه الشيخ في «المهذب» [وغيره][٣] إلى رواية البويطي.

قال: وقيل: يصح على كل مَا لَهُ مثل، أي حقيقي، كما سنذكره في الغصب من الحبوب والأدهان المتساوية في الوصف، كما قاله الروياني في «البحر» والرافعي وغيرهما. وكذا «التبر» إن قلنا: إنه مثلي؛ لأنهما مالان إذا اختلطا[٤] لم يتميز أحدهما عن الآخر، وقيمتهما واحدة في حال الارتفاع والانخفاض، فصح عقد الشركة عليهما كالأثمان، وهذا قول ابن سريح، وأبي إسحاق وأكثر الأصحاب، كما حكاه الماوردي.

قال: وهو الأظهر؛ لما ذكرناه، وكذلك صححه الرافعي، واختاره في «المرشد» وقال الإمام: إنه المعتمد في الفتوى.

وقد ظهر[٥] لك من علة ظاهر المذهب وعلة مقابله، أن عدم الصحة على العروض: هل لعدم تيسر تحصيل المقصود بها[٦]، أو خشية أن يفوز أحدهما بجزء من مال صاحبه أو ربحه؛ فإنه قد تزيد قيمة عرض[٧] أحدهما وتنقص قيمة عرض الآخر بارتفاع الأسواق وانخفاضها[٨]، وذلك يخرج الشركة عن موضوعها[٩]؟ وسيظهر لك ثمرة هذا الخلاف[١٠] من بعد.

---

(١) قوله: والدليل على بطلان الشركة في غير النقدين من النقار والسبائك وغيرهما: القياس على القراض. انتهى.
والنقار - بنون مكسورة وقاف - جمع «نقرة» بضم النون وسكون القاف، والنقرة: هي السبيكة، كذا قاله الجمهور، وحينئذ يكون شاملًا للذهب والفضة؛ ولهذا قال الشافعي في «الأم»: ولو غصب نقرة من ذهب. هذه عبارته، وإذا تقرر ما ذكرناه علمت منه - أيضا - مردَّ توهمه المغايرة بين النقار والسبائك. [أ و].

(٢) في جـ: بهما.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: خلطا.
(٥) في جـ: أظهر.
(٦) في جـ: بهما.
(٧) في أ: عوضي.
(٨) في أ: وانحطاطها.
(٩) في جـ: موضعها.
(١٠) في أ: الاختلاف.

فرع: الدراهم المغشوشة هل يصح عقد الشركة عليها؟ جزم الروياني فيها بالمنع [وحكى][(١)] صاحب «العدة»: أن الفتوى على الجواز إذا استمر[(٢)] في البلد رواجها[(٣)].

وخرج الرافعي [ذلك على][(٤)] جواز القراض عليها، وفيه خلاف سنذكره - إن شاء الله تعالى - آخرًا.

قال الرافعي: إذا جوزنا الشركة في المثليات، فإن استوت القيمتان كانا شريكين على السواء، وإن اختلفتا؛ كما إذا كان لأحدهما كُرُّ حنطةٍ قيمته مائة، وللآخر كُرٌّ قيمته خمسون [درهمًا][(٥)] [فهما][(٦)] شريكان في الثلثين والثلث، كذا حكاه العراقيون.

ثم قال: وهذا مبني على قطع النظر في المثليات عن تساوي الأجزاء في القيمة، وإلا فليس هذا الكثير مثلًا لذلك القليل.

قلت: وهذا الكلام منه يدل على صحة [عقد][(٧)] الشركة عليها[(٨)]، والذي شرطناه أولًا من تساوي المثلين في الوصف يمنع ذلك.

وقد صرح بحكاية المنع في هذه الصورة الروياني [في البحر[(٩)]][(١٠)]، نعم

(١) سقط في جـ. (٢) في أ: اشتهر. (٣) في جـ: جوازها.
(٤) في جـ: على ذلك. (٥) سقط في جـ. (٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ، د. (٨) في جـ: عليهما.
(٩) قوله: فرع: قال الرافعي: إذا جوزنا الشركة في المثليات، فإن استوت القيمتان كانا شريكين على السواء، وإن اختلفتا، كما إذا كانا لأحدهما كر حنطة قيمته مائة، وللآخر كر قيمته خمسون - فهما، شريكان بالثلثين والثلث، كذا حكاه الرافعي.
ثم قال: وهذا مبني على قطع النظر في المثليات عن تساوي الأجزاء في القيمة، وإلا فليس هذا الكثير مثلًا لذلك القليل.
قلت: وهذا الكلام منه يدل على صحة عقد الشركة عليها، و الذي شرطناه أولا من تساوي المثلين في الوصف يمنع ذلك، وقد صرح بحكاية المنع في هذه الصورة الروياني في «البحر» انتهى كلامه بحروفه.
وما ذكره من اشتراط التساوي في الوصف قد نقله عن الرافعي قبل ذلك أيضا بقليل، إذا علمت ذلك فالذي ذكره المصنف من المنع في هذه الصورة، وأن اشتراط التساوي في الوصف مانع من الصحة حتى يتنافى كلام الرافعي - غريب؛ فإنهم إنما شرطوا التساوي في الأوصاف التي يحصل بها التمييز في مَرْأَى العين حتى لا يمكن تمييز أحد المالين من الآخر، لا التساوي في القيمة، وقد صرح الرافعي بذلك فقال: وإذا جوزنا الشركة في المثليات وجب تساويهما جنسًا ووصفًا؛ فلا يكفي خلط حنطة حمراء ببيضاء؛ لإمكان التمييز وإن كان فيه عسر، وفي وجه: يكفي؛ لأنه يعد خلطًا. هذا كلامه، واعلم أن الرافعي عبر بقوله: وإلا فليس هذا الكر مِثْلًا لذلك الكر، ولم يعبر بالقليل والكثير. [أ و].
(١٠) سقط في أ، د.

قال: تصح الشركة فيها بالطريق الذي [تصح به][(١)] في العروض [، كما سنذكره][(٢)].

فائدة: كثيرًا ما يورد بعض الطلبة على الشيخ أنه ناقض حصره هاهنا جواز الشركة على النقدين و[(٣)] على ذوات الأمثال على رأي دون ما عدا ذلك بقوله: «وإن كان مالهما عرضًا...» إلى آخره. فإنه قد جوّز الشركة في غير النقدين والمثلي وهو [غير][(٤)] وارد؛ لأن الكلام أولًا في عقد الشركة وهو قولهما: اشتركنا في هذين المثلين[(٥)]. وهذا العقد لا يصح إيراده على عرضين ليسا بمثلين أصلًا. وإنما تصح الشركة على ما ذكره[(٦)]؛ فلا اعتراض أصلًا.

قال: ولا يصح من الشركة[(٧)] **إلا شركة العنان.**

لما انقسمت الشركة إلى أربعة أنواع، منها ثلاثة باطلة وهي: شركة الأبدان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه، وواحدة صحيحة احتاج الشيخ إلى بيان الصحيحة منها وهي شركة العنان. وقد أجمع العلماء[(٨)] على جوازها، وهي بكسر العين.

واختلف في المعنى الذي لأجله سميت بهذا الاسم:

فقيل: سميت بذلك؛ أخذًا من عِنَانِ فَرَسَيِ الرهان؛ لأن الفارسَيْنِ إذا استبقا تساوى عنان فرسيهما فكان أحدهما بِحَدِّ الآخر، كذلك هذه الشركة من شأنها أن[(٩)] يتساوى الشريكان فيها وفي قدر ربح مالهما.

وقيل: أخذًا من عنان فرسي الرهان بجهة أخرى، وهي أن كل واحد من الفارسين يفعل كفعل صاحبه ويصنع كصنعه لا يخالفه[(١٠)]، كذلك كل واحد من الشريكين [ما يترك][(١١)] شريكه ولا يخالفه.

وقيل: لأن عنان الدابة يمنعها من التصرف باختيارها، [كذلك الشركة تمنع][(١٢)] كل واحد منهما[(١٣)] من التصرف في المال باختياره ويقتصر[(١٤)] على

---

(١) في جـ: سنذكره.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: أو.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: لمثالين.
(٦) في أ: ذكرناه.
(٧) في التنبيه: الشرك.
(٨) في جـ: المسلمون.
(٩) في جـ: أنها.
(١٠) في جـ: لا محالة.
(١١) في جـ: بمثال.
(١٢) في أ: وذلك أن.
(١٣) زاد في أ: يمنع صاحبه.
(١٤) في أ: ويضطر.

أن يتصرف بما فيه مصلحة.

وقيل: لأن كل[(١)] واحد من الفارسين يأخذ بعنان الدابة ويحبس يده عليها، ويده الأخرى مرسلة يتصرف بها كيف شاء، كذلك كل واحد من الشريكين بعض ماله محبوس على الشركة ومقصور على التصرف [فيها][(٢)] وباقي المال مطلق له يتصرف به كيف شاء.

وقيل: لأن كل واحد منهما يملك التصرف في جميع المال كما يملك عنان فرسه [يتصرف فيه][(٣)] كيف شاء.

وقال الفراء وابن قتيبة: إنها مشتقة من: عنَّ الشيء، يعنُّ إذا عَرَضَ، يقال: عنت لي حاجة: أي عرضت، فسميت بذلك؛ لأن كل واحد منهما قد عنَّ له أن يشارك صاحبه.

وقيل: إنها مشتقة من عنَّ الشيء، إذا ظهر؛ ولهذا سمي العنين: عنينًا؛لأنه ظهر عجزه، حكاه القاضي الحسين.

قال: وهو أن يعقدا[(٤)] **على ما تجوز الشركة عليه** أي كأحد النقدين أو المثليات إن قلنا بالأظهر.

وصيغة العقد أن يقولا: اشتركنا في هذا المال، وهل يحتاجان[(٥)] مع ذلك إلى الإذن في التصرف ليستفاد به جواز التصرف، أو لا يحتاج إليه ويستفيده بنفس العقد؟ فيه وجهان حكاهما المراوزة:

أحدهما - وهو ما اقتضاه كلام الشيخ-: الثاني وهو الأظهر في «الوجيز» إذا كان يفهم المقصود منه عرفًا؛ لأنه لو اشترط لم يَبْقَ في العقد فائدة؛ لأن المال مختلط، والإذن حاصل، وسأذكر في آخر الباب ما يؤيده أيضًا.

والذى جزم به القاضي أبو الطيب وغيره من العراقيين: الأول، وهو [الذي][(٦)] رجحه ابن كج[(٧)] والبغوي [وغيرهما][(٨)].

وروى الماوردي عن ابن سريج أنهما إذا خلطا المالين على الشركة أو ابتاعا

---

(١) في جـ: لكل.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: يعقد.
(٥) في جـ: يحتاج.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في أ: وغيره.
(٨) سقط في أ.

متاعًا للشركة - جاز أن يتصرف كل واحد منهما في جميعه من غير احتياج إلى إذن، وهو الذي حكاه في الإفصاح، كما حكاه الروياني.

وعلى القول بعدم اعتبار الإذن [لكل واحد][١] منهما أن يتصرف في جميع المال، ويجوز أن يكون مال الشركة في يدهما.

وعلى القول باعتبار الإذن[٢] ينظر: إن وجد من كل واحد منهما [للآخر][٣] تصرَّفًا أيضًا، وإن أذن أحدهما دون الآخر تصرف المأذون [له][٤] في جميع المال، والإذن في ماله خاصة.

وهكذا الحكم فيما إذا قلنا : لا يشترط الإذن في التصرف وعقداها ابتداء[٥] بهذا الشرط.

قال [الإمام][٦]: واختصاص المأذون له بالتصرف في ملك صاحبه يلحق المعاملة بمضاهاة القراض، ولا يعد في تسميتها [شركة][٧] بالاشتراك في رأس المال.

وقال البندنيجي والقاضي أبو الطيب والروياني في «بحر المذهب» وغيرهم في هذه الصورة: إنها ليست بشركة ولا قراض:

لأن مقتضى[٨] الشركة أن يشتركا في العمل والربح، ولم يوجد ذلك.

قلت: [وهو ينطبق على][٩] أن شركة العنان مأخوذة من التساوي في الفعل.

قالوا: ولا ذلك القراض؛ لأن مقتضاه أن يكون للعامل في مال الغير نصيب من الربح لكنها بضاعة ثم في هذه الصورة هل يشترط انفراد المأذون له باليد كما في عقد القراض؟ فيه وجهان. وهل يشترط في الآذن منهما أو من أحدهما تعيين التصرف؟ الذي حكاه العراقيون أنه إن وجد [تصرفٌ][١٠] عامٌّ فيما يرى من أنواع التجارات وصنوف الأمتعة تصرف فيها مطلقًا. [وإن عين له جنسًا دون جنس، أو نوعًا دون نوع كان له التصرف في ذلك الجنس أو النوع[١١] دون ما عداه. وقال

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: في الابتداء.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: معنى.
(٩) في جـ: وقد ينطبق.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في أ: والنوع.

القاضي الحسين في التعليق: الصحيح أن تعيين النوع في الشركة شرط كما في الوكالة؛ إذ هي نوع توكيل، وقيل: لا يشترط كما في القراض. فعلى الأول - وهو الصحيح - يجوز أن يأذن أحدهما للآخر في التصرف في الثياب والدواب.

فرع: قال في «الزوائد» عن المحاملي: ولا فرق في النوع المعين بين أن يعم وجوده أو[(١)] لا؛ لأن ذلك توكيل، والإنسان يوكل غيره [في شراء ما لا يعم][(٢)] وجوده، [ويصح، بخلاف القراض؛ حيث قلنا: لا يصح أن يقارض إلا على ما يعم وجوده][(٣)] لأن القصد من ذلك حصول الربح، فمتى كان النوع مما ينقطع لم يحصل المقصود قلت: ويتجه أن يتخرج وجه فيما إذا أذن فيما لا يعم: أن الشركة لا تصح مما ذكرناه في علة اختصاص الشركة بالنقدين.

قال: وأن يكون مال أحدهما من جنس مال الآخر وعلى صفته؛ فإن كان من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير، أو من أحدهما صحاح ومن الآخر قراضة لم تصح الشركة؛ لأن أسماء العقود المشتقة من المعاني [فيجب تحقق تلك المعاني][(٤)] فيها، كما في الحوالة والسلم والصرف، ومعنى الشركة: الاختلاط والامتزاج، وهو لا يحصل في ذلك؛ لأن مال كل منهما متميز عن مال الآخر، وهكذا الحكم فيما لو امتاز أحد النقدين عن الآخر بالصكة، أو بالتأريخ مع استوائهما في الصكَّة أو بياض أو سواد وفيما إذا جوزنا الشركة على ذوات الأمثال، فكان من أحد الشريكين بذر كتان ومن الآخر سمسم، أو من أحدهما حنطة حمراء ومن الآخر حنطة بيضاء، لما ذكرناه .

وحكي عن أبي سعيد الإصطخري أنه جوز الشركة على الدراهم السود مع البيض، وعن أبي إسحاق رواية وجه أنه جوز الشركة على الحنطة السمراء والبيضاء.

قال: وأن يخلط المالان؛ ليتحقق معنى الشركة وهذا الخلط شرط في صحة العقد فيعتبر تقدمه على قولهما: اشتركنا، والإذن في التصرف إن اعتبرناه، وقيل: إن وجد الخلط بعد العقد في المجلس كفى كما حكاه القاضي الحسين والمتولي، ولو تأخر عن المجلس لم يصح. وفي كلام الإمام ما يقتضي الجواز

---

(١) في أ: أم.

(٢) سقط في جـ، وفي أ: فيما لا يعم.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في أ.

أيضًا؛ فإنه حكى عن الأصحاب ما ذكرناه أولًا، ثم قال: وفيه فضل نظر؛ فإن مستند الشركة [في][(١)] التوكيل بالتصرف، وفي تعليق الوكالة خلاف.

فإن علق المالكان التوكيل بالتصرف بالخلط خرج على الخلاف لا محالة، وإن نجز التوكيل مع تمييز المالكين ثم فرض اختلاطهما فالوجه: القطع بصحة الوكالة أولاً، ودوامها مع وجود الاختلاط إذا كان يجري ذلك على حسب الإذن.

نعم، لو قيد الإذن بالتصرف في المال المنفرد فلا بد من الإذن بعد الخلط.

وما ذكرنا في اعتبار الخلط مفروضٌ فيما إذا كان المالان متميزين، أما إذا كان المال مشتركًا بينهما على سبيل الشيوع، فهو آكد [في الخلط][(٢)].

قال: وقيل: يشترط أن[(٣)] **يكون مال أحدهما مثل [مال][(٤)] الآخر في القدر؛** لأن الربح يحصل بالمال والعمل، فكما لا يجوز الاختلاف في الربح [مع التساوي في المال، والاختلاف][(٥)] في العمل لا يجوز الاختلاف في الربح مع التساوي في العمل والاختلاف في المال، وهذا قول أبي القاسم الأنماطي. قال: وليس بشيءٍ. وقال الإمام: إنه هفوة غير معتد به؛ لأن المال أصل؛ بدليل أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما به، والعمل تابع [بدليل جواز انفراد][(٦)] أحدهما به، والأصل لا يقاس على التابع.

ثم على المذهب وهو عدم اشتراط التساوي في المال: لو كان بينهما مال مشترك على الشيوع فهل يشترط العلم[(٧)] حالة العقد بمقدار النصيبين بأن يعرفا أن المال بينهما نصفان أو على نسبة أخرى؟ فيه وجهان:

[المذكور منهما في «بحر المذهب»: عدم الجواز؛ فإنه قال: لا يجوز عقد الشركة على الدراهم المغشوشة؛ لأن الفضة فيها مجهولة، ويجب أن يكون مال الشركة معلومًا، وكذلك في «الحاوي» عند الكلام في شركة الأبدان.

وأظهرهما][(٨)] في الرافعي: أنه لا يشترط، وقيدَّه بما إذا أمكن معرفته من بعد، وهذا الوجه جزم به في «الوجيز»، ومقابله حكاه الإمام عن طوائف من الأصحاب

---

(١) سقط في جـ، د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في التنبيه: وأن.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: أنه يجوز.
(٧) في أ: العمل.
(٨) سقط في جـ.

ثم قال: فيه[(١)] نظر سنذكره. وقد حكى الرافعي أن مأخذ الخلاف وجهان حكاهما الأصحاب فيما إذا كان بين رجلين مال مشترك وكل منهما يجهل قدر حصته فأذن كل [واحد][(٢)] منهما للآخر في التصرف في جميع المال أو في نصيبه: هل يصح الإذن؟ و [قال][(٣)]: إن أظهرهما الصحة.

ومقتضى هذا ألا يتقيد تصحيح الوجه بصحة الشركة بما إذا أمكن معرفة النصيب من بعد كما أطلقه في «الوسيط»، والله أعلم.

قال: وإن كان مالهما عرضًا وأرادا الشركة - أي: به - باع كل واحد منهما بعض عرضه - أي: مشاعًا كالثلث والربع - ببعض عرض صاحبه سواء كان مساويًا لذلك البعض كالنصف بالنصف، أو غير مساو كالثلث بالثلثين. قال: فيصير مشتركًا بينهما، أي: [على نسبة][(٤)] ما وقع عليه العقد، ثم يأذن كل واحد منهما للآخر[(٥)] **في التصرف**، [أي: بعد قبض ما اشتراه؛ لأن عقد الشراء لا يتضمن الإذن في التصرف وإن تضمنه عقد الشركة على رأي، ويجيء فيه ما حكاه الماوردي عن ابن سريج فيما إذا ابتاعا مشاعًا للشركة: أنه لا يحتاج إلى الإذن في التصرف وإنما اعتبرنا أن يكون بعد القبض؛ لأن المشتري لا يصح تصرفه قبل القبض فوكيله من طريق الأولى.

تنبيه: قول الشيخ: ثم يأذن كل [واحد][(٦)] منهما للآخر، احترز به عما إذا قارن الإذن العقد؛ فإنه إن كان مشروطًا أبطل كما صرح به الروياني في البحر والبندنيجي وغيرهما، وإن كان غير مشروط فهو قبل حصول القدرة عليه فلا يصح.

قال: فما حصل من الربح يكون بينهما على قدر المالين، [وما حصل من الخسران يكون بينهما[(٧)] **على قدر المالين**][(٨)]؛ عملًا بقضية الشركة.

ولا يشترط معرفة قيمة العرضين على الأصح، وفي ذلك وجه حكاه الماوردي، وهذه الصورة اخترعها المزني وسيلة إلى تصحيح الشركة بالعروض

(١) في أ، د: به.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بنسبة.
(٥) في التنبيه: لصاحبه.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في التنبيه: عليهما.
(٨) سقط في أ.

المتقومة، وهي تجري فيما لو كان مع أحدهما دراهم ومع الآخر دنانير، [ولا يختص][(١)] تصويرها بأن يبيع أحدهما[(٢)] بعض عرضه ببعض عرض صاحبه، بل يجوز أن يبيع كل منهما بعض عرضه من صاحبه بثمن في ذمة صاحبه، ثم يتقاصا[(٣)] أو يتباريا أو يتقايضا[(٤)] على حسب ما يتفق، ويجوز أن يشتريا عرضًا للشركة على الشيوع.

ثم ظاهر إطلاق[(٥)] الأئمة [يقتضي][(٦)] أن ذلك إذا وجد ثبت [جميع أحكام][(٧)] الشركة كما لو كان مالهما نقدًا. وفي «التتمة»: أن ذلك إذا وجد؛ صار العرضان مشتركين ويملكان التصرف بحكم الإذن، ولكن لا تثبت أحكام الشركة فيما يحدثانه من التصرفات بعد ذلك إلا باستئناف عقد على الثمن بعد نضوضه، وهذا ما حكاه القاضي الحسين في تعليقه، وقال الفوراني في «إبانته»: إن الحكم في هذه الشركة كالحكم في الحنطة والشعير، يشير إلى أن فيها خلافًا كما في ذوات الأمثال، ومأخذه اختلاف ما أشرت إليه من علة ظاهر النص ومقابله.

تنبيه: العَرض - بفتح الراء - كل ما يتَمَوَّل من النقود وغيرها، وبسكون الراء كل ما يتمول إلا النقود، كذا حكاه البندنيجي، ومقتضى هذا أن كلام الشيخ [يشمل][(٨)] ما ليس بمثلي، والمثلي إذا قلنا: لا يجوز عقد الشركة عليه، كما قاله الجيلي.

قال: فإن تساويا في المال، أي: مثل، أن كان لكل [واحد][(٩)] منهما ألف وشرطا التفاضل في الربح، أي: مثل إن شرطا لأحدهما ثلثي الربح وللآخر الثلث، أو تفاضلا في المال، أي: بأن[(١٠)] كان لأحدهما ألف وللآخر ألفان، وشرطا التساوي في الربح بطل العقد؛ لأن الربح جزء من الثمن، والأثمان تتوزع على [قدر][(١١)] المثمنات؛ ولهذا إذا أطلق العقد نزل على ذلك، فإذا شرطا خلاف مقتضاه بطل، كما لو شرطا أن يكون جملة الربح لأحدهما، ولأن الشركة قد

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: كل منهما.
(٣) في أ: يتقاضيا.
(٤) في أ: يتقاصا.
(٥) في ج: كلام.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ج: أحكام جميع.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ج، د.
(١٠) في ج: مثل أن.
(١١) سقط في أ.

تفضي إلى الربح تارة وإلى الخسران أخرى، فلما كان الخسران يتقسط على المال ولا يتقسط بالشرط، وجب أن يكون الربح مثله.

وفي «بحر المذهب» حكاية [وجه][(١)] عن القاضي الطبري أنه حكى عن بعض الأصحاب أن الشرط يفسد[(٢)]: وتصح الشركة، وحكى الماوردي وجهين في أن شرط التفاضل إذا [بطل كما][(٣)] ذكرناه في الصورتين هل يوجب بطلان الشركة بمعنى بطلان الإذن في التجارة بالمال المشترك؟

أحدهما: قد بطل الإذن؛ لبطلان الشرط فيه، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في جميع المال، فإن تصرف كان كمن تصرف في مال مشترك عن شركة فاسدة.

والثاني: لا يبطل الإذن؛ فيجوز أن يتجر كل واحد في جميع المال، ويكون الربح مقسومًا[(٤)] بالحِصص، وهذا إن لم يكن عَيْن الوجه الذي حكاه الطبري فلا أعرف بينهما فرقًا، مع أن الروياني حكاهما.

قال: وقسم الربح بينهما على قدر المالين لما ذكرناه، ولأنه مستفاد من المالين فكان على قدرهما، كما لو كان بينهما نخل فأثمرت أو شاة فَنُتِجَتْ.

ففى الأولى[(٥)]: يقسم الربح نصفين، وفي الثانية: أثلاثًا، وهذا من الشيخ يدل على صحة التصرف؛ لأن الربح فرع له، وقد صرح به في «المهذب» وغيره اعتمادًا على بقاء الإذن.

قال: ويرجع[(٦)] **كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله في ماله؛** لأن الشركة عقد يقصد به الربح في النامي[(٧)] فاستحق العوض فيه عن العمل عند فساده كالقراض، فعلى هذا في كيفية التراجع في المسألة الأولى حالتان[(٨)]:

إحداهما[(٩)]: أن يساوي[(١٠)] عمل كل منهما مائة؛ فلكل منهما على صاحبه خمسون؛ لأن عمله[(١١)] يقع على[(١٢)] ملكه وملك الآخر فيتقاصان[(١٣)].

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يبطل.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: مقومًا.
(٥) في جـ: الأول.
(٦) في التنبيه: ورجع.
(٧) في أ، د: الثاني.
(٨) في أ: حالان.
(٩) في أ: أحدهما.
(١٠) في أ: يتساوى.
(١١) في جـ، د: علمه.
(١٢) في جـ: في.
(١٣) في جـ: يتقاضيان.

والثانية: أن تساوي أجرة أحدهما مائة والآخر مائتان، فقد استحق(١) صاحب المائة على الآخر خمسين و[استحق](٢) صاحب المائتين على صاحب المائة مائة، فيتقاصان في خمسين ويرجع [صاحب المائتين](٣) على صاحب المائة بخمسين.

وفي كيفية التراجع في المسألة الثانية ثلاثة أحوال:

إحداها: أن تكون أجرة عمل صاحب الألفين مائتين(٤)، وأجرة عمل صاحب الألف مائة، فقد وجب لصاحب الألفين على صاحب الألف ستة وستون درهمًا وثلثان، ووجب له عليه مثلها فيتقاصان، والباقي ساقط بحكم العمل في الملك.

الحالة الثانية: إذا كانت أجرة كل منهما مائتين، رجع صاحب الألف على صاحب الألفين بستة وستين [درهمًا](٥) وثلثين، ويسقط مثلها في مقابلة ملكه، ويتقاصان بمثلها؛ إذ هو الواجب على صاحب الألف لصاحب الألفين.

الحالة الثالثة: إذا كانت أجرة صاحب الألفين مائة وأجرة صاحب الألف مائتين، رجع صاحب [الألف على صاحب](٦) الألفين بمائة، وسقط من أجرته ستة وستون درهمًا [وثلثا درهم](٧) في مقابلة ملكه، ويتقاصان في ثلاثة وثلاثين درهمًا وثلث؛ إذ هي الواجبة(٨) على صاحب الألف لصاحب الألفين.

و[قد](٩) حكى المتولي وجهًا أن الشركة إذا فسدت لا يرجع أحدهما على الآخر بأجرة عمله؛ لأن الفاسد كالصحيح في وجوب الضمان وعدمه والشركة(١٠) إذا كانت صحيحة لا يرجع فيها بأجرة العمل(١١)؛ فكذلك إذا كانت فاسدة.

وهذا الوجه يضعف إذا كان المشروط له الزيادة من أجرة عمله [أكثر ولم يحكه الإمام في هذه الحالة، ويقوى إذا كان المشروط له الزيادة من أجرة عمله](١٢) أقل، وهو الذي صححه الإمام وغيره.

---

(١) في جـ: فيستحق.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: مائة.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: وثلثان.
(٨) في جـ: الواجب.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: لأن الشركة.
(١١) في جـ: عمله.
(١٢) سقط في جـ.

وعلى هذا لا أثر لفساد الشركة في هذه الصورة [أصلًا][(١)]، بل الفاسد هو الشرط إذا قلنا: إن الإذن لا يبطل بالشرط، كما جزم به معظم الأصحاب.

وقد حكى المراوزة فيما إذا شرطت الزيادة لمن له مزيد عمل وجهًا أنه يصح والأصح عندهم عدم الصحة أيضًا.

والقائلون بالمذهب فرقوا بين الصحيحة والفاسدة بأن كلاًّ منهما قد شرط في مقابلة عمله جزءًا من الربح، وقد تعذر عليه الرجوع إليه [في][(٢)] الفاسدة؛ فكان له الرجوع إلى قيمة المبذول[(٣)]، كما لو باع عينًا بخمر وقد تعذر رَدُّها؛ فإنه يرجع [إلى][(٤)] قيمتها، وإذا كانت صحيحة فالمسلم[(٥)] قد سلم له قيمتها[(٦)]، وما ذكرناه مفروض فيما إذا كان[(٧)] العمل منهما.

أما إذا انفرد أحدهما به بالشرط، نُظر: فإن كان في المسألة الأولى قد شرطت الزيادة للمنفرد بالعمل، مثل أن شُرط[(٨)] له ثلثا الربح وللآخر الثلث - صح، واستحق النصف بحكم الشركة والسدس بحكم أنه مقارض، وجاز القراض هاهنا على المشاع؛ لأنه لا يمنع[(٩)] من التصرف.

وحكى المراوزة وجهًا أنه لا يصح هذا الشرط أيضًا وصححه الرافعي؛ لأنه لا يمكن جعل هذا العقد شركة وقراضًا؛ فإن العمل يقع في القراض مختصًّا بمال المالك، وهاهنا يتعلق بملكه وملك صاحبه.

قلت: وهذا قريب الشبه من مسألة قفيز الطَّحَّان كما سيأتي، والأول مشابه لما حكيناه عن العراقيين والمراوزة فيما إذا وقع الجدار المشترك نصفين، فبناه أحدهما على أن يكون له ثلثا النقض والأساس فإنهم قطعوا بالصحة.

وإن شرطت الزيادة لغير العامل فالحكم كما تقدم فيما إذا كان العمل منهما[(١٠)] متساويًا. ووجه عدم الرجوع بأجرة العمل هاهنا أظهر؛ لأنه رضي بأن يكون عمله مجانًا مع نقص حصته من الربح، فكيف وقد حصل له تمام ربح ماله، وسيأتي مثله فيما إذا قال: قارضتك على أن يكون الربح كله لي، وكذا فيما

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: المبذل.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ، د: فالمسمى.
(٦) في جـ، د: فيها.
(٧) في أ، د: وجد.
(٨) في أ: يشرط.
(٩) في أ: يمتنع.
(١٠) في أ، د: بينهما.

إذا تزوج امرأة على ألا يقسم لها أو لا يبيت عندها، وكان مهر مثلها أكثر من المسمى فإنها لا تستحق [القدر الزائد][١]؛ لما أشرت إليه. وإن كان في المسألة الثانية، نُظِر:

فإن كان صاحب الألف هو المنفرد بالعمل فالحكم كما لو كانا متساويين وشُرِطَ له من الربح الثلثان؛ فيستحق النصف من الربح، ثلثه بحكم الشركة، وسدسه بحكم القراض.

وإن كان صاحب الألفين هو المنفرد بالعمل، فالحكم كما لو كان العمل منهما وقد تساويا في المال.

فرع: إذا قلنا بصحة شرط الزيادة لمن زاد عمله أو انفرد به، فأطلقا العقد فظاهر كلام العراقيين أن الربح يقسَّم على[٢] نسبة المالين. وحكى الإمام وجهًا عن رواية صاحب «التقريب» والشيخ أبي محمد أنه يثبت لمن زاد عمله بسبب الزيادة أجرة؛ تخريجًا مما إذا استعمل صانعًا ولم يذكر له أجرة.

قال: وأما شركة [الأبدان وهي أن يشتركا][٣] **على ما يكتسبان بأبدانهما فهي باطلة.**

صورة المسألة: أن يقول الصانعان: اشتركنا، على أن ما يحصل لهما من كسبهما يكون بينهما على حسب ما يشترطانه، سواء كانا متفقي الصنعة كالنجارَيْنِ والخياطَيْنِ، أو مختَلِفِيها[٤] كالنجار والخياط[٥]. ودليل بطلانها كما حكاه بعضهم قوله ﷺ: «كُلُّ شَرطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»[٦] [وهذا ليس][٧] في كتاب الله. ونهيه ﷺ عن الغرر كما رواه ابن عباس وهذا غرر[٨]؛ لأن كل واحد منهما لا يدري: أيكسب صاحبه شيئًا أم لا، وكم قدر كسبه؟ ومن جهة المعنى: أن المعقود عليه في هذه الشركة العمل، كما أن المعقود عليه في شركة العنان المال،

---

(١) في جـ: الزيادة.
(٢) في جـ: عليه.
(٣) في التنبيه: البدن وهي الشركة.
(٤) في جـ: مختلفهما.
(٥) في أ: الخباز.
(٦) تقدم.
(٧) في أ: وليس هذا.
(٨) أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٣) كتاب البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، حديث (٤/ ١٥١٣).

[والمال](١) لو كان مجهولًا فيها لم تصح أيضًا؛ فكذلك إذا كان العمل مجهولًا في هذه؛ ولأنهما عقدا على منفعة عينين متميزتين؛ فوجب ألّا يصح، كما لو عقد السقاء الشركة مع صاحب الجمل والراوية على الاستقاء؛ فإنه لا يصح بالإجماع كما سنذكره وبالقياس على ما لو اشتركا على بعيرين ليؤاجراهما ويشتركا في أجرتهما.

قال: ويأخذ كل واحد منهما أجرة عمله؛ لأنه لم يبذله مجانًا فاختص بمقابله عند فساد الشرط، فإن كان عمل أحدهما متميزًا عن عمل الآخر، مثل أن خاط [أحدهما](٢) ثوبًا والآخر مثله ونحو ذلك، كانت أجرة كل ثوب(٣) لمن خاطه، وإن لم يتميز كما إذا خاطا القميص(٤) معًا، أو نسجا إزارًا معًا، كانت الأجرة على قدر أجور أمثالهما، وقد حكى العراقيُّون أن من الأصحاب من قال: إن للشافعي قولًا في هذه الشركة أنها جائزة؛ لأنه [قال:](٥) لو أقر أحد الشريكين على صاحبه بمال لم يقبل إقراره، سواء كانا شريكين في المال أو في العمل.

وروى صاحب «التقريب» هذا وجهًا عن بعض الأصحاب.

والصحيح هو الأول، والقائلون به قالوا: ما ذكره الشافعي في الإقرار، يحتمل أن يكون تفريعًا على مذهب الغير؛ فلا يدل على أنه قول آخر. وقد نسب [الروياني](٦) هذا [التأويل](٧) إلى ابن أبي هريرة وأنه قال: أو يحمل على ما [إذا اشتركا](٨) في المال على أن يعملا جميعًا.

قال: وأما شركة المفاوضة، وهي أن يشتركا على ما يكسبان(٩) **بأموالهما وأبدانهما، وأن يضمن كل واحد منهما ما يلزم الآخر بغصب**(١٠) **أو بيع فاسد أو ضمان مال فهي باطلة**؛ لما فيها(١١) من الغرر.

قال الشافعي: لا أعلم في الدنيا [شيئًا باطلًا](١٢) إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، ولا أعلم القمار إلا هذا وأقل منه. ولأنها شركة معقودة على أن

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: قميص.
(٤) في ج: القميصين.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في أ.
(٩) في التنبيه: فيما يكتسبان.
(١٠) في أ، ج: من غصب.
(١١) في أ: فيه.
(١٢) في أ: شركة باطلة.

[يشارك[١] كل منهما صاحبه على ما يختص بسببه؛ فلم يصح عقدها كما لا يصح على ما يرثان أو يتهبان. ولأنها شركة معقودة على أن يضمن كل منهما ما يجب على الآخر بَعُدْوانِهِ فلم تصح، كما لو عقداها على أن][٢] يضمن كل منهما ما يجب على الآخر بجنايته.

ولأن هذا العقد يخالف موجبه موجب سائر العقود [في الأصول، وإذا كان كذلك وجب ألا يصح، ولا يقال: النكاح قد خالف موجب سائر العقود][٣] في اشتراط الإشهاد فيه وقد صح؛ لأنا نقول: إنما صح أن يفرد بذلك؛ لما ثبت في الشرع عن النبي ﷺ فصار أصلًا بنفسه، وليس من شرط الأصل موافقة الأصول.

وليس كذلك في هذه الشركة فإنها مجتهد [فيها][٤]، فوجب إلحاقها بالأصول التي تقررت بالشرع[٥]، كذا قاله القاضي أبو الطيب.

قال: ويأخذ كل واحد منهما ربح ماله وأجرة عمله، ويضمن ما يختص به من الغصب والبيع الفاسد وضمان[٦] المال؛ لاختصاص كل [واحد][٧] منهما بسبب ذلك.

فرع: : لو استعملا لفظ المفاوضة وأرادا شركة العنان جاز: [نص عليه][٨] كذا قاله الرافعي.

تنبيه: سميت هذه الشركة: شركة المفاوضة؛ من قولهم: تفاوض الرجلان في الحديث، إذا شرعا فيه جميعًا، وقيل من قولهم: قوم فوضى، أي: مستوون.

قال: وأما شركة الوجوه وهي أن يشتركا في ربح ما يشتريان بوجوههما فهي باطلة.

صورة المسألة: أن يكون لشخصين وجاهة بين الناس ومنزلة يمكن أن يشتري كل منهما بجاهه شيئًا بثمن إلى أجل، ويتَّجِرا فيه، فيشتركان على ما يشتريان بوجوههما[٩]، ويكون ذلك بينهما، ويبيعان[١٠] ثم يقضيان الدين عند المحل، وما

---

(١) في ج: يضمن.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: في الشرع.
(٦) في التنبيه: وضمانه.
(٧) سقط في ج.
(٨) بياض في ج.
(٩) في أ: بجاههما.
(١٠) في أ: ويتبايعان.

يفضل يكون بينهما، كذا صور[1] الرافعي.

وحكى صاحب «البحر» أن بعض أصحابنا صورها بما إذا كان أحدهما ذا وجاهة فيقول لمن لا جاه له: أنا آخذ المتاع بجاهي وأعطيك حتى تتصرف [فيه][2]؛ فيكون المال مني، ومنك التصرف. وإن هذه الصورة هي المذكورة في «الإفصاح».

وحكى القاضي ابن كج والإمام هذا فقالا: صورتها أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال؛ ليكون العمل من الوجيه، والمال من الخامل، ويكون المال في يده ولا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما.

وقيل: صورتها: أن يكون أحدهما ذا وجاهة فيقول للآخر: اشتر على جاهي متاعًا والربح بيننا.

وتسمى هذه الشركة على [التصوير][3] الأول والأخير شركة الجاه، وبعضهم خص هذه التسمية بالصورة الأخيرة. والكل باطل؛ لأنها شركة في غير مال فلم تصح كالشركة على الاحتطاب والاحتشاش، ولأن ما يشتريه كل [واحد][4] منهما قد تفرد بملكه فلا يشاركه غيره في ربحه؛ لأن الربح يتبع الملك قال: وإن[5] **أذن كل واحد منهما للآخر في شراء شيء معلوم [بينهما][6]، فاشترياه[7]، ونويا عند الشراء أن يكون ذلك بينهما، [كان بينهما][8]**؛ لأن هذه وكالة؛ فيترتب عليها حكمها.

قال: وربحه لهما؛ لأن الربح نماء الملك؛ فكان لمن هو له، وللمشتري على المشتري له نصف أجرة عمله فيما اشترى. صرح به الروياني في «البحر». والعلم في المشتري يحصل بذكر الجنس وغيره مما يعينه[9] في الوكالة[10] بالشراء في موضعه، كما صرح به القاضي أبو الطيب.

وليس المراد من قول الشيخ: فاشترياه[11]، [ونويا][12] أن يقع العقد منهما في

---

(١) في جـ، د: صورة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) في التنبيه: وإن.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ، والتنبيه: فاشتريا.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، د: نعنيه.
(١٠) في أ: بالوكالة.
(١١) في جـ: فاشتريا.
(١٢) سقط في أ.

حالة واحدة؛ بل المراد: أن يصدر العقد منهما على البدل في شيء واحد، أو منهما على شيئين بالصفة المذكورة. ولو لم ينويا عند الشراء، وكانا قد عقدا الشركة على ذلك، وقع العقد المباشر خاصة.

قال: والشريك أمين فيما يشتريه، أي: أن يشتري شيئًا فيه خسران، فيدعي عليه الآخر أنه اشتراه لنفسه، فيقول: بل للشركة فالقول قول المشتري؛ لأنه أَخْبر بنيته.

والمراد بالخسران: النقص الذي[1] يتغابن بمثله [أو][2] انخفاض الأسعار بعد الشراء، وكذا لو اشترى شيئًا فيه ربح، وادعى أنه لنفسه، وقال الشريك: [بل][3] للشركة فالقول قول المشتري؛ لما ذكرناه، ولأن الأصل عدم الشراء للشركة، يدل عليه أنه لو أطلق وقع[4] لنفسه.

قال: وفيما يدعيه من هلاك، أي: [إمّا][5] بسبب خفي، أو مع إقامة البيِّنة على السبب الظاهر؛ لأنه يعسر عليه إقامة البينة على التلف مع أنه ائتمنه فكان القول قوله كالمودع.

وكل هذا يظهر مما قررناه أن الشركة في الحقيقة وكالة، وعلى هذا يجري سائر تصرفاته في نصيب الشريك حتى لا يبيع بدون إذنه شيئًا بدون ثمن المثل وبغير[6] نقد البلد ولا نسيئة؛ ولا يسافر به.

فرع: لو ادَّعى الشريك تلف المال في يوم كذا، فأقام الآخر بيِّنةً أنه رآه في يده في يوم بعده؛ ففي بطلان يمينه وجهان:

أحدهما: نعم؛ فيغرم حصة الشريك.

والثاني: لا وبه قال أبو الفياض، ويسأل عن ذلك: فإن ذكر وجهًا تسلم معه يمينه الماضية لم يغرم، [وإن لم يبين][7] غرم، حكاه في «البحر».

قال: وفيما يدعى عليه من خيانة[8]، أي: بعد تبيينها دون ما [إذا][9] أطلق دعوى الخيانة؛ فإنها لا تسمع، ووجه ما قاله الشيخ: أن الأصل عدم الخيانة.

---

(١) زاد في أ: لا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: يقع.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: غير.
(٧) في جـ: وإلا.
(٨) في التنبيه: الخيانة.
(٩) سقط في أ.

فرع: لو كان في يد أحدهما مال فقال: قد اقتسمناه، وهذا الذي خلص لي بالقسمة، وقال الآخر: لم نقسم بعدُ [وهو مشترك][(١)] فالقول قول الثاني؛ لأن الأصل بقاء الشركة، وعلى مدَّعي القسمة البينة.

قال: فإن عزل أحدهما صاحبه عن التصرف أي: في نصيبه انعزل؛ لأن الشركة في الحقيقة وكالة، وهي من العقود الجائزة، فكذلك [في][(٢)] الشركة.

قال: وبقي الآخر على التصرف أي: في نصيب المعزول إلى أن ينعزل[(٣)]؛ إذ لم يصدر في حقه ما يقتضي عزله.

ولو قال أحدهما: فسخت الشركة، انعزلا جميعًا؛ لأن فسخ الشركة مقتضاه زوال إذن كل واحد منهما لصاحبه، وفي «بحر المذهب» أن القاضي الطبري [قال][(٤)]: إذا [قال][(٥)] أحدهما: فسخت الشركة، [نُظِر][(٦)]: فإن أراد في جنبة صاحبه، له أن يتصرف في جميع المال. وإن أراد في جنبتيهما جميعًا، لم يجز لواحد منهما التصرف في حق صاحبه، والمشهور هو الأول، وبه يقوى أن التصرف في شركة العنان بعد عقدها وخلط المال لا يتوقف على الإذن فيه كما اقتضاه كلام الشيخ؛ فإن عقد الشركة لو[(٧)] كان[(٨)] مستلزمًا [له][(٩)] لما امتنع بفسخ عقد الشركة. ولما تأمل المتولي هذا المعنى بنى انعزالهما على أن التصرف هل يملك بمجرد عقد الشركة أم لابد من الإذن فيه؟

وعلى الصحيح: لا يجوز لأحد الشريكين بعد فسخ الشركة أن يتصرف [إلا][(١٠)] في نصيبه مشاعًا وإن كان عرضًا، بخلاف القراض حيث جوزنا[(١١)] للعامل بعد فسخه بيع العروض؛ لأن حقه في الربح وهو لا يحصل إلا بالنضوض، وهاهنا كل منهما له حق في الأصل والربح يتبعه[(١٢)] فلا يحتاج إلى البيع.

قال: وإن مات أحدهما أو جن انفسخت الشركة؛ لأنها عقد جائز فبطلت

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في التنبيه: يعزل.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في أ: لم.
(٨) في جـ: لم يكن.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: جوز.
(١٢) في جـ، د: ببيعه.

بالموت والجنون كالوكالة والقراض. وهكذا الحكم فيما لو طرأ على الشريك حجر بسبب السفه، ولو أغمي عليه، نظر: إن كان يسيرًا لا يسقط معه فرض عبادته لم يضر، وإن كان بحيث يسقط فرض صلاة واحدة بمرور وقتها انفسخت الشركة، كذا قاله في «البحر». ثم الوارث في مسألة الموت مخيَّر: إن شاء قاسم الشريك أو أبقاه على الشركة بأن يجدد له إذنًا في التصرف، ولا فرق بين أن يكون المال عرضًا أو نقدًا.

وهذا إذا لم يكن على الميت دين، فإن كان، لم يجز للوارث الإذن إلا بعد وفاء الدين، وإن أمكن وفاؤه من غير مال الشركة؛ لأنه محجور عليه فيها كما في المرهون، قال أبو إسحاق: والأولى للوارث ألا يأذن في التصرف إلا بعد معرفة ماله؛ خشية أن يظهر على الميت دين وقد ظهر ربح في المال ولا يدري ما يخصه منه، ولو ترك ذلك جاز.

والموصى له إذا كان معينًا وقبل، حكمه حكم الوارث، وإن كان غير معين كالفقراء وجب إفراز[١] نصيبهم من المال. ويقع الإذن في التصرف إن[٢] اختاره الوارث بعد ذلك فيما يخصه.

وفي مسألة الجنون وطرآن الحجر بسبب السفه، فإذا كان وارث [أحدهما][٣] مولى عليه فينظر: إن كان الحظ للمولى عليه، في بقاء الشركة والإذن في التصرف فعله الولي، وإلا فلا.

فروع نختم بها الباب:

إذا تولى أحد الشريكين [الشراء للشركة][٤] فللبائع أخذه بكل [الثمن، فإن [أداه][٥] من خالص ماله، وكان[٦] مال الشركة لم ينضَ منه شيء رجع على شريكه بحصته، وإن فعل ذلك مع نضوض مال الشركة ففي رجوعه على شريكه وجهان في «الحاوي».

لو أخذ بغلةً، والآخر راويةً، وتشاركا مع ثالث ليستقي الماء، ويكون الحاصل

---

(١) في جـ: إفراد.
(٢) في أ: وإن.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: الشركة.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: ومن.

بينهم فهو فاسد؛ لأنها[١] منافع أبدان متميزة. فلو استقى الثالث فلمن يكون الماء وثمنه؟ نقل صاحب التلخيص وآخرون اختلاف قول فيه، ولم يحمد المعظم ذلك، وإنما ارتضوا تفصيلًا ذكره ابن سريج وهو أن الماء[٢] إن كان مملوكًا للمستقي أو مباحًا، وقد قصد به نفسه عند أخذه فهو له، وعليه لكل من صاحبيه أجرة مثل ملكه، وإن قصد الشركة فهو على الخلاف في جواز التوكيل في المباحات، وسنذكره، فإن لم نجوزه فالحكم كما لو قصد نفسه، وإن جوزناه وهو الأصح فالماء[٣] بينهم.

وفي كيفيته وجهان:

أحدهما: أنه يقسم بينهم على نسبة أجور أمثال البغل والراوية والاستقاء؛ لأنه حصل بذلك. وهذا ما أورده الشيخ أبو حامد ويحكى عن نصه في البويطي.

فعلى[٤] هذا لا يرجع أحدهم على الآخر بشيء.

وأصحهما عند الشيخ أبي علي ولم يورد القفال وغيره سواه: أنه يقسم بينهم بالسوية. فعلى هذا، للمستقي على كل من صاحبيه أجرة مثله [وثلث عمله][٥]، وكذا يرجع كل من صاحب البغلة والراوية على كل واحد من الآخر والمستقي بثلث أجرة ملكه.

وقد حكى القاضي الحسين أن القولين في جواز التوكيل في الاحتطاب [والاحتشاش][٦] من هاهنا خرجا.

لو اشترك أربعة لأحدهم رحى، ولآخر بيت الرحى، ولآخر بغلة تديره، والرابع يعمل في الرحى على أن الحاصل من أجرة الطحن يكون بينهم فهو فاسد. فلو اتفق طحن شيء قسمت أجرته على أجور أمثال ذلك ولو كان لواحد بذر، ولآخر أرض [فاشتركا مع ثالث على زراعة الأرض فالزرع لصاحب البذر، وعليه أجرة مثل الأرض][٧] والزراعة.

قال[٨] في «التتمة»: فلو أصاب الزرع آفةٌ، ولم يحصل من الغلة شيء فلا شيء؛ لهم؛ لأنهم لم يحصلوا له شيئًا. والله عز وجل أعلم بالصواب.

---

(١) في أ: لأنهما.
(٢) في جـ: المال.
(٣) في أ: فالمال.
(٤) في أ: وعلى.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في جـ: قاله.

باب الوكالة

الوكالة - بفتح الواو، وكسرها -: التفويض، يقال: وكله، أي: فوض إليه، ووكلت أمري إلى فلان، أي: فوضت إليه، واكتفيت به[1]، ومنه: توكلت على الله.

وتقع الوكالة على الحفظ أيضًا، ومنه: قوله تعالى: ﴿وَقَالُوا۟ حَسْبُنَا ٱللَّهُ وَنِعْمَ ٱلْوَكِيلُ﴾ [آل عمران: ١٧٣]، أي: نعم الحافظ.

وأصل الوكيل: الكافي؛ لأنه يكفي مراد الموكِّل؛ قال الله تعالى: ﴿أَلَّا تَتَّخِذُوا۟ مِن دُونِى وَكِيلًا﴾ [الإسراء: ٢]، أي: كافيًا.

و[هي][2] في الشرع [إقامة الوكيل مقام الموكِّل في العمل المأذون فيه[3].

والأصل في مشروعيتها][4] قبل الإجماع من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَٱبْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا﴾ [الكهف: ١٩] - أي: أكثر، وقيل: أجل ﴿فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾ [الكهف: ١٩]، وهذا توكيل بالشراء.

وقوله تعالى حكاية عن يوسف: ﴿ٱذْهَبُوا۟ بِقَمِيصِى هَٰذَا﴾ [يوسف: ٩٣] وهذا استنابة على وجه التوكيل.

وقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢] [وهذا كان توكيلًا][5] في الحقيقة من جهة يوسف.

ومن السنة ما روى أبو داود عن جابر بن عبد الله أن رسول الله ﷺ قال له حين أراد الخروج إلى خيبر: «إِذَا لَقِيتَ[6] وَكِيلِي، فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقًا، فَإِنِ

---

(١) في أ: فيه.
(٢) سقط في أ.
(٣) قوله: والوكالة في الشرع: إقامة الوكيل مقام الموكل في العمل المأذون فيه. انتهى.
وهذا حدٌّ عجيب يلزم منه الدَّوْر؛ لأنه تعريف الشيء بما هو مأخوذ منه، والأولى في حده أن يقال: تفويض ما له فعله مما يقبل النيابة، إلى من يفعله في حال حياته. وعدل في «المطلب» عما ذكره هنا، فقال: نيابة اختيارية في قول أو فعل... إلى آخر ما قال. [أ و].
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: وكان وكيلًا.
(٦) في ج: رأيت.

ابْتَغَى مِنْكَ [آيَةً، فَضَعْ](١) يَدَكَ عَلَى تَرْقُوَتِهِ»(٢).

وقد روي أنه ﷺ وكَّل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة بنت أبي سفيان، وكانت بالحبشة، ووكَّل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة بنت الحارث، ووكل عروة بن الجعد البارقي في شراء شاة(٣)، ووكل حكيم بن حزام في شراء شاة(٤).

ومن جهة المعنى: أن بالناس حاجة إليها؛ لأن كل واحد(٥) لا يتمكن من التصرف في جميع [ماله](٦) سيما إذا كثر؛ فجوزت للحاجة؛ كما جوز القراض، والمساقاة، ونحوهما(٧).

وقد قال القاضي [الحسين](٨): إنها مندوب إليها؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، ومن البر والتقوى أن يتوكل عن(٩) الغير بالقيام بأشغاله.

قال الشيخ - رحمه الله(١٠)-: **من جاز تصرفه** أي: بنفسه **فيما يوكل فيه** - يعني(١١): في شيء يقبل النيابة؛ كما سنذكره، وصرح به غيره - **جاز توكيله** - أي: لغيره - **وجازت وكالته** - أي: عن غيره فيه - لما ذكرناه من الأدلة؛ فيصح توكيل المطلق التصرف في ماله، والسفيه والعبد في الخلع والطلاق، وكل ما يملكان إنشاءه بملك(١٢) التصرف فيه، والمفلس [في الطلاق](١٣) والخلع والشراء [والبيع](١٤) في ذمته؛ على الأصح، والمكاتب في جميع ذلك؛ [لما ذكرناه وقد

---

(١) في ج: أنه يضع.

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٣١٤) كتاب البيوع: باب في الوكالة، حديث (٣٦٣٢)، والدارقطني (٤/ ١٥٤)، وعلق البخاري طرفًا منه (٦/ ٢٧١) كتاب فرض الخمس، باب ومن الدليل على أن الخمس لنوائب المسلمين.

(٣) أخرجه البخاري في الصحيح (٦ / ٦٣٢) كتاب المناقب باب (٢٨) حديث (٣٦٤٢).

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٢٧٦)، كتاب البيوع، باب المضارب يخالف (٣٣٨٦)، والترمذي (٢/ ٥٣٥٥٣٦) أبواب البيوع، باب (٣٤) (١٢٥٧)، وعبد الرزاق في المصنف (١٤٨٣١)، والبيهقي (٦/ ١١٢)، وقال الترمذي: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.

(٥) في أ: أحد.

(٦) سقط في ج، د.

(٧) في د: ونحوها.

(٨) سقط في أ.

(٩) في أ: من.

(١٠) زاد في د: و.

(١١) في أ: أي.

(١٢) في د: ليملك.

(١٣) سقط في د.

(١٤) سقط في أ.

استثني مما ذكره الشيخ مسائل:

منها الفاسق][١]؛ فإنه [يجوز أن][٢] يقبل النكاح لنفسه، ولا يقبله[٣] لمستنيبه.

وادعى المحاملي والبندنيجي في ذلك نفى الخلاف، والروياني في البحر عند الكلام في العزل: أنه ظاهر المذهب.

وحكى القاضي أبو الطيب فيه وجهين.

ومنها: العبد يقبل النكاح لنفسه بإذن سيده، ولا يقبله لغيره بإذن سيده؛ كما قيده [في المهذب][٤] وغيره على أحد الوجهين، ومنها: العبد يملك الطلاق بغير إذن سيده، ويجوز أن يوكل فيه من يطلق، ولا يجوز أن يتوكل فيه بغير إذن سيده؛ كما حكاه في البحر، وجوزه في التهذيب جزمًا.

ومنها: العبد المأذون[٥] [يجوز][٦] له التصرف فيما في يده، وهل يجوز له أن يوكل فيه؟ فيه خلاف.

ومنها: لا يجوز للوصي والوكيل التوكيل فيما يجوز أن يتولياه بأنفسهما مع قدرتهما على التصرف [أما الوكيل فبلا خلاف، وأما الوصي فعلى وجه][٧] ومنها: العبد والسفيه إذا أذن لهما في النكاح، فهل يجوز أن يوكّلا فيه؟ فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين:

والمذكور منهما [في الحاوي][٨] في العبد: الجواز.

ومنها: الولي في النكاح الذي لا يجبر إذا أذن له في النكاح - جاز تزويجه، وهل يجوز أن يُوكل فيه من غير إذن؟ فيه[٩] وجهان:-

وطريق الجواب عن ذلك أن يقال: إن الشيخ اختار[١٠] [في توكيل الفاسق المشهور، وهو أنه يصح توكيله في القبول، كما حكاه][١١] في المهذب، والماوردي وابن الصباغ عند الكلام في توكيل الكافر في شراء العبد المسلم، وادعى الغزالي القطع به.

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ج، د.
(٣) في د: يقبل.
(٤) في أ، د: هو.
(٥) زاد في د: له.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في أ.
(٩) زاد في د: فيه.
(١٠) في أ: أجاز.
(١١) سقط في د.

وما عداه فمندفع؛ [لأن مراد الشيخ بقوله][(١)]: «من جاز تصرفه»، [أي:][(٢)] بنفسه من غير افتقار فيه إلى الإذن[(٣)]؛ لأنه المتبادر إلى الفهم.

فإن قيل: مقتضى[(٤)] كلام الشيخ [مع ما][(٥)] فسرتموه به: أن الوصي يجوز له التوكيل فيما يقدر على التصرف فيه؛ فإنه لا يتوقف في تصرفه على[(٦)] إذن، وقد أشار الشيخ في باب الوصية إلى أنه لا يجوز.

قلت: لي أن أمنع ذلك؛ فإن تصرفات الوصي كلها بالإذن.

وإن سلمت ما قلتموه، فهو مؤيد [لما أجيب][(٧)] به؛ فإن الشيخ لما فهم أن كلامه يقتضي جواز توكيل الوصي في كل ما يتصرف فيه [احتاج إلى التنبيه على أنه مستثنى من القاعدة عند الحاجة إليه.

على أن الشيخ أبا حامد ومن تابعه، ومنهم الماوردي وكذلك ابن الصباغ جزموا بجواز توكيله في كل ما يتصرف فيه][(٨)] من غير عجز عنه، وكذلك[(٩)] الإمام [في باب الوصية وقد استثنى الجيلي الإقرار والرجعة على وجه، وكذا الأيمان][(١٠)] وتعليق الطلاق، والعتاق، وما ذكره خارج من كلام الشيخ، [غني][(١١)] عن الاستثناء بقوله: من جاز تصرفه فيما يوكَّل فيه؛ لأن «ما» ها هنا نكرة موصوفة، والكاف في يوكل مفتوحة؛ فيكون تقدير الكلام: من صح تصرفه في شيء يقبل النيابة[(١٢)].

وما استثناه الجيلي سنذكر أنه لا يجوز التوكيل فيها، [إن شاء الله تعالى][(١٣)].

---

(١) في أ، د: بما ذكرنا أن المراد.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) في د: إذن.
(٤) في جـ: يقتضي.
(٥) في أ: كما.
(٦) في د: إلى.
(٧) في أ: بما أجيب.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في أ، د: فكذا.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في د.
(١٢) قوله: مجيبًا عن بعض الصور التي أوردت على الشيخ-: وهذا خارج من كلامه؛ لأن «ما» في قوله: من جاز تصرفه فيما يوكل فيه، نكرة موصوفة، والكاف في «يوكل» مفتوحة؛ فيكون تقديره: في شيء يقبل النيابة. انتهى.
وما ذكره من تكلف إخراج «ما» عن كونها موصولة إلى كونها نكرة موصوفة، يقتضي توقف الجواب عليه، وهو عجيب؛ فإن الموصولة كذلك أيضا. [أ و].
(١٣) في أ، د: والله أعلم.

قال: ومن لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله؛ لأنه إذا لم يملك ذلك لنفسه[(١)] فأولى ألّا [يملك ذلك][(٢)] غيره من جهته[(٣)].

قال: ولا[(٤)] **وكالته**؛ لأن التصرف الخاص بالإنسان أقوى من التصرف في حق الغير، فإذا لم يقدر على الأقوى، فعلى الأضعف من طريق الأولى.

قال: **إلا الصبي المميز؛ فإنه تصح وكالته في الإذن في دخول الدار**، أي: [مثل أن][(٥)] يفتح الباب، ويأذن [للخارج في الدخول][(٦)] إليها.

قال: **وحمل الهدية**، مثل: أن يعطى هدية؛ ليحملها إلى بعض الإخوان؛ فيجوز للمأذون له أن يدخل، وللمهدى إليه[(٧)] أن يتصرف في الهدية؛ اعتمادًا على قوله؛ لاطِّراد العرف به[(٨)] من غير إنكار.

وحكى الإمام في ذلك تفصيلًا، فقال: إن لم يوجد مع ذلك قرينة، ففي الاعتماد على قول الصبي فيهما[(٩)] خلاف مبني على الخلاف في [قبول][(١٠)] روايته إذا لم يكن به عرامة.

وإن وجد مع ذلك قرينة؛ نظر:

فإن أنتج ذلك العلم سقط أثر قوله؛ وإن لم تنته[(١١)] القرينة إلى العلم، فلأصحابنا طريقان:

منهم من خرجه على الخلاف؛ ومنهم من قطع بالاعتماد.

قال الرافعي: وإذا جاز ذلك، وكان منه على سبيل التوكيل، فلو أنه وكل غيره فيه، فالقياس تخريجه على الخلاف في أن الوكيل[(١٢)] هل [له أن][(١٣)] يوكل؟ فإن جاز، لزم [أن يكون][(١٤)] الصبي[(١٥)] أهلًا للتوكيل أيضًا، وهذا ما حكاه الفقهاء.

---

(١) في جـ: في نفسه.
(٢) في أ، د: يملكه.
(٣) في أ: جهة.
(٤) زاد في التنبيه: يجوز.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: في الخارج للدخول.
(٧) في أ: له.
(٨) في أ: فيه.
(٩) في د: فيها.
(١٠) سقط في أ، د.
(١١) في د: تثبته.
(١٢) في جـ: التوكيل.
(١٣) سقط في د، جـ.
(١٤) سقط في أ.
(١٥) زاد في أ: أن يوكل.

والذى حكاه الأصوليون منع قبول روايته(١).

وقال الفوراني في «الإبانة»(٢) في أول كتاب الصيام: إن الصحيح من المذهب قبولها، وهو مذهب أبي حنيفة.

واعلم: أنه [قد](٣) استُثْني مع ما ذكره الشيخ صور:

منها: الأعمى، لا يصح بيعه، ولا إجارته، ولا شراؤه؛ على الأصح، ويصح منه التوكيل في ذلك ونحوه.

ومنها: إذا قال لزوجته: «إذا طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثًا»؛ فإنه يمتنع عليه إيقاع الطلاق [على رأي](٤)، وله التوكيل في الطلاق، فإذا طلق الوكيل، وقع على الأصح؛ كما حكاه الجيلي(٥).

ومنها: العبد لا يصح قبوله النكاح لنفسه بغير إذن سيده، ويصح منه أن يتوكل

---

(١) قوله - في توكيل الصبي في حمل الهدية، وفي الإذن في الدخول-: قال الإمام: إن لم توجد قرينة ففي الاعتماد عليه وجهان ينبنيان على الوجهين في روايته. ثم قال: وهذا ما حكاه الفقهاء، والذي حكاه الأصوليون: منع قبول روايته. انتهى كلامه.
وما توهمه من المغايرة بين كلام الأصوليين والفقهاء بالنسبة إلى إثبات الخلاف ونفيه ليس كذلك؛ فإن الخلاف عند الأصوليين ثابت مشهور كالفقهاء، والفقهاء - أيضا - قد صححوا المنع كالأصوليين، حتى صححه الرافعي والنووي لما حكياه في استقبال القبلة والمياه وغيرهما.
وقد ذكر المصنف هنا من الألفاظ المحتاجة إلى الشرح لفظ «العرامة»، وهي بعين مفتوحة وراء مهملتين. [أ و].

(٢) في جـ: إبانته. (٣) سقط في أ. (٤) سقط في أ.

(٥) قوله - نقلًا عن: الشيخ-: من جاز تصرفه فيما توكل فيه جاز توكيله وجازت وكالته، ومن لا فلا، إلا كذا وكذا. ثم قال: وقد استثنى مما ذكره الشيخ مسائل، منها: إذا قال لزوجته: إذا طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا؛ فإنه يمتنع عليه إيقاع الطلاق على رأي، وله التوكيل في الطلاق، فإذا طلق الوكيل وقع على الأصح كما حكاه الجيلي، وأجاب عنه بعد ذلك بأن قال: يجوز أن يكون الشيخ اختار فيها وقوع الطلاق. هذا لفظه.
وفيه أمران:
أحدهما: أن جواز التوكيل والحالة هذه قد ذكره الرافعي في كتاب الطلاق جازمًا به، ونقله عن الإمام وغيره، واقتصار المصنف على نقله عن الجيلي غريب؛ فإن عادته - وهو الذي ينبغي، أيضا - ألا يقتصر على النقل عنه إلا في شيء لم يوجد لغيره، والظاهر أنه لم يستحضر ذلك في هذا الموضع، ولم يقف عليه لغيره.
الأمر الثاني: أن جوابه بقوله: يجوز أن يكون اختيار الشيخ هو الوقوع، أغرب من السؤال؛ فإن العادة - أيضا - ألا تطلق هذه العبارة إلا في حكم لم يعلم اختيار قائله، والشيخ قد صرح بها في «التنبيه»، وصحح خلاف ما جوز أن يكون هو اختياره، مع أنه الكتاب المشروح ومحفوظ المصنف أيضا.[أ و].

فيه لغيره؛ على الأصح في النهاية، وتعليق القاضي الحسين، وبه جزم المتولي.

ومنها: السفيه لا يصح [قبوله النكاح][١] بغير إذن وليه، ويجوز أن يقبله لغيره بغير إذن وليه؛ على الأصح، وبه جزم القاضي الحسين، والمتولي.

ومنها: الكافر لا يجوز أن يكون وليًّا في تزويج مسلمة، ولا أن يتزوجها[٢]، ويجوز أن يكون وكيلًا في تزويجها من مسلم؛ على ظاهر المذهب، كما حكاه الإمام في كتاب الخلع.

وكذا يجوز أن يكون وكيلًا في قبول نكاح مسلمة على رأي[٣]؛ [كما][٤] حكاه القاضي الحسين في هذا الباب.

ومنها: الكافر لا يصح شراؤه العبد المسلم، على الأصح، وكذا المصحف، ويجوز أن يكون وكيلًا في شرائه لمسلم[٥]؛ إذا صرح بالسفارة، [و][٦] على قولٍ، [وإن][٧] لم يصرح.

ومنها: الكافر لا يقدر على طلاق مسلمة، ويجوز أن يوكل في طلاقها؛ على أحد الوجهين في الحاوي، وبه جزم الإمام في كتاب الخلع.

ومنها: المرتد لا يصح تصرفه في ماله؛ على رأي، ويصح أن يوكل فيه؛ كما حكاه ابن الصباغ وغيره.

وفي [التتمة][٨]: أنا إذا[٩] قلنا: إنه يصير محجورًا عليه، لا يصح.

ومنها: المرأة لا يصح منها الإنكاح[١٠]، [ويجوز أن توكل][١١] من يزوج؛ خلافًا للمزني، كما حكاه المتولي في كتاب النكاح، وحكى القاضي الحسين في جواز ذلك وجهين، وحكى الإمام في ذلك في باب ما على الأولياء تفصيلًا، فقال: إن قال لها: وكلي عن نفسك، لم يصح، وإن قال: وكلي عني؛ فوجهان ينبنيان على أن الوكيل وكيل الوكيل، أو وكيل الموكل؟ وفيه[١٢] وجهان.

وما قاله فيه نظر؛ لأنه إذا قال: «وكلي عني»، كان الوكيل وكيلًا عنه بلا

---

(١) في أ: منه القبول للنكاح.
(٢) في د: يزوجها.
(٣) في أ: ولي.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: المسلم.
(٦) في د: على.
(٧) في أ: إن.
(٨) سقط في أ.
(٩) في د: إن.
(١٠) في أ: النكاح.
(١١) في أ، د: ويصح أن توكل في أن توكل.
(١٢) في أ: فيه.

خلاف؛ كما ستعرفه [من بعد][(١)]؛ فلا يحسن إجراء الخلاف.

ومنها: لو وكل حلالٌ محْرمًا في أن يوكل حلالا بالتزويج؛ ففي صحة التوكيل وجهان في الرافعي، عند الكلام في [إحرام][(٢)] الولي-: وأصحهما الصحة.

ومنها: المرأة لا تقدر على الطلاق عن نفسها، ويصح توكيلها فيه، على أصح الوجهين في التهذيب وغيره.

وطريق الجواب عن ذلك:

أما في الأولى؛ فلأنه يصح منه البيع والشراء [في الجملة، وصورته: أن يبيع شيئًا في ذمته سلمًا بثمن في ذمة المشتري][(٣)]، ويشتري شيئًا في ذمة غيره بثمن في ذمته، ويشتري نفسه وجهًا واحدًا، ومثل ذلك يتصور في الإجارة، ونحوها، وإذا صح منه ذلك، لم يخرج مما ذكرناه.

وأما في الثانية؛ فيجوز أن يكون الشيخ اختار [فيها وقوع الطلاق؛ كما هو المختار][(٤)] عند ابن الصباغ وغيره؛ كما ستعرفه في موضعه.

وأما في الثالثة؛ فمذهب العراقيين - كما حكاه ابن الصباغ وغيره هنا: أنه لا يجوز وجهًا واحدًا؛ فلم يخرج مما ذكرناه[(٥)].

وأما في الرابعة؛ فلأن الذي جوز للعبد ذلك هو [الذي جوزه][(٦)] للسفيه[(٧)]، بجامع صحة عبارتهما، وعدم مناقضة ما وقع الحجْر عليهما لأجله.

وقد حكينا عن العراقيين المنع في مسألة العبد مع وجود ما ذكرناه، وهو في السفيه أولى؛ لأن الحجر عليه لحق نفسه.

وأما في الخامسة؛ فمذهب العراقيين - كما دل عليه كلام الشيخ في كتاب النكاح، وصرح به صاحب البحر هنا، وادعى نفي الخلاف فيه: عدم الصحة؛ فلا يخرج مما ذكرناه[(٨)]، أيضًا.

وأما في السادسة؛ فمذهب العراقيين - كما حكيناه عن القاضي أبي الطيب في

---

(١) في أ: منه.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: ذكره.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: السفيه.
(٨) في أ: ذكره.

باب ما يجوز بيعه-: عدم الجواز، وكذلك جزم به المتولي؛ فلا يخرج مما ذكرناه.

وأما في السابعة؛ فإن(١) كان اعتقاد الشيخ فيه الصحة، فنقول(٢): طلاق الكافر يتصور وقوعه على مسلمة؛ بأن تسلم(٣) أولًا، ويتخلف(٤)، ثم يطلقها في العدة، ثم يسلم(٥) قبل انقضائها - فإن طلاقه واقع عليها.

وقد أشار إلى هذا التوجيه الإمام في فصل التوكيل من كتاب الخلع؛ فلا يخرج مما ذكرناه.

وأما في الباقي؛ فقد حكيت في كل صورة منها(٦) خلافًا؛ فلعل الشيخ رأى وجه عدم الصحة فيها(٧) أوجه.

فرع: المكاتب هل يجوز أن يتوكل عن غيره؟ ينظر [فيه](٨):

إن كان بجعل مثله فنعم، وبدونه بغير إذن [سيده فلا، ومع إذن](٩) سيده(١٠) قولان؛ كما في تبرعاته.

[فرع](١١) آخر: يجوز للمرأة أن تتوكل عن زوجها، ولا يجوز أن تتوكل عن غيره إذا كانت مزوجة إلا بإذنه؛ قاله الماوردي.

قال: ويجوز التوكيل في حقوق الآدميين من العقود، أي: عقود المعاوضات: كالبيع، والنكاح، والخلع، ونحوها؛ وغير عقود المعاوضات: كالرهن، والضمان، والهبة، ونحوها.

ووجهه في(١٢) بعضها ما ذكرناه من الكتاب والسنة، وفي الباقي القياس(١٣) على المنصوص عليه؛ بجامع اشتراكهما في العلة المشار إليها، ووراء ذلك أمور أُخَر، انفرد بها القاضي الحسين في تعليقه:

فمنها: أن التوكيل في الحوالة(١٤) - مثل: أن يقول: «وكلتك لتحيل صاحب

---

(١) في د: فلأن.
(٢) في أ، جـ: فيقول.
(٣) في أ، جـ: يسلم.
(٤) في أ: ثم يتخلف.
(٥) في جـ: تسلم.
(٦) في جـ: منه.
(٧) في جـ: فيه.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ، د: السيد.
(١١) سقط في أ، د.
(١٢) في أ: أن.
(١٣) في أ: بالقياس.
(١٤) في أ، د: بالحوالة.

الحق[(١)] على فلان [بكذا»][(٢)] - لا يصح، وهل يصير محيلًا بذلك؟ فيه وجهان، وعن هذا احترز صاحب التهذيب بقوله: [«لا][(٣)] يجوز التوكيل في الحوالة من الجانبين».

ومنها: أن التوكيل بعقد الوصية لا يصح[(٤)]، وهل يصير بالوكالة [له][(٥)] موصيًا، أم لا؟ يحتمل وجهين، وربما أشار إلى مثل ذلك في عقد الضمان [أيضًا.

وقال الإمام مشيرًا إلى ذلك: الوجهُ القطع بتصحيح التوكيل في عقد الضمان][(٦)] وعقد الوصية.

قال: «والفُسُوخ؛ لأنه إذا جاز في العقود، ففي حلها من طريق الأولى».

[كذا][(٧)] قال في المهذَّب:

وقد يستثنى من ذلك التوكيل في فسخ نكاح الزائدات على العدد الشرعي عند إسلامهن؛ فإنه غير جائز؛ لتوقفه على شهوة النفس.

[أما][(٨)] إذا قلنا: إن الفرقة تحصل بالاختيار، لا بنفس الإسلام - كما ستقف عليه في موضعه، وهو الذي يقتضيه إيراد البغوي، وابن الصباغ، حيث قالا: إن العدة تكون من حين الاختيار، ولا يحتاج إليه إذا قلنا: إن الفرقة تحصل من حين الإسلام؛ كما اقتضاه كلام الأكثرين[(٩)]؛ حيث اعتبروا ابتداء العدة[(١٠)] من حينه [وقد تقدمت حكاية خلاف في جواز التوكيل بالفسخ [في خيار][(١١)] الرؤية][(١٢)].

ثم جواز التوكيل في الفسوخ[(١٣)] مصور بما إذا لم يكن حق الفسخ على الفور، أما إذا كان على الفور.

قال الرافعي: فالتأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيرًا؛ وهذا ما ذكره المتولي جزمًا[(١٤)]، [وقد تقدمت حكاية خلاف في جواز التوكيل في الفسخ بخيار

---

(١) في أ، د: الدين.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) في أ، د: يجوز.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في د.
(٩) زاد في أ: من.
(١٠) في ج: المدة.
(١١) في أ: بخيار .
(١٢) سقط في ج، د.
(١٣) في أ: الفسح.
(١٤) قوله: ثم جواز التوكيل في الفسوخ مصوَّر بما إذا لم يكن حق الفسخ على الفور، أما إذا كان على الفور.

الرؤية][1].

قال: **والطلاق والعتاق** - أي: تنجيزًا - لأنه إذا جاز التوكيل في العقد؛ ففي قطعه أولى.

وأما إذا وكله في تعليقهما؛ فالذي جزم به الجمهور هاهنا - ومنهم المتولي: عدم الصحة.

وحكي في كتاب الطلاق [في جواز التوكيل في تعليقه][2] ثلاثة أوجه:

هذا أحدها.

والثاني: الجواز.

والثالث: أنه ينظر إلى الصفة التي أمر بالتعليق بها:

فإن كانت توجد لا محالة: كطلوع الشمس، فيجوز؛ لأن مثل هذا التعليق ليس بيمين[3].

وإن كانت قد توجد، وقد لا توجد: [كدخول الدار][4] فهو يمين؛ فلا يجوز.

وهى تجري [في تعليق العتق][5] أيضًا؛ [إذ لا][6] فرق بينهما.

وألحق القاضي الحسين - هاهنا - بمنع التوكيل في تعليق الطلاق والعتق منع التوكيل بعقد التدبير، وقال: إنه هل يصير بالتوكيل معلقًا للطلاق والعتق ومدبرًا؟ فيه وجهان.

وبنى المتولي [التدبير][7] على أنه وصية أو عتق بصفة؟ فعلى الأول يصح

= قال الرافعي: فالتأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيرًا، وهذا ما ذكره المتولي جزمًا. انتهى كلامه. واعلم أنه إذا اطلع على العيب وهو يأكل، أو في حمام أو ليل - فإنه لا يلزمه المبادرة ولا التلفظ بالفسخ، وإن كان الفسخ بالعيب على الفور، فإذا وكل فيه لم يكن تقصيرًا بلا نزاع، وإذا اجتمع المالك مثلا أو القاضي، فلم يفسخ، بل وكل فيه - كان تقصيرًا، وعليه يحمل كلام «التتمة»، فلما انقسم ذلك قسمين عبر الرافعي بقوله: «قد يكون»؛ إذ لا يحسن إطلاق الجزم بأحدهما، هذا حاصل كلام الرافعي، وما فهمه من أن الرافعي متوقف، ممنوع؛ فإن الحمل على ذلك يعكر عليه الرافعي فيما ذكرناه في القسم الأول، وأيضا: فإن المسألة في «التتمة»، ويبعد عدم اطلاع الرافعي عليها، وأيضا: فإن هذه الصيغة ليست صيغة توقف. [أ و].

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: بتميز.
(٤) في أ: كما حول الدار.
(٥) في أ: في مثل هذا التعليق.
(٦) في ج: ولا.
(٧) سقط في أ.

التوكيل فيه، وعلى الثاني لا.

قال: - وإثبات الحقوق - **أي: سواء حضر الموكل ذلك، أو لم يحضر - لما روي أن النبي ﷺ سمع دعوى حويصة ومحيصة على يهود خيبر: أنهم قتلوا عبد الله بن سهل؛ نيابة عن عبد الرحمن بن سهل أخي المقتول ووليه، وكان حاضرًا(١)، ولم ينكر عليهما، ولو كان [ذلك](٢) غير جائز؛ لأنكر حتى يبتدئ الولي بها؛ ألا تراه أنكر على محيصة حين(٣) ابتدأ بالكلام [قبل](٤) حويصة، وقال [كبِّر، كبِّر](٥) وليس تقديم الأكبر بواجب.**

وروي أن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه - وكَّل أخاه عقيلًا في مجلس أبي بكر - أو عمر، الشك من الشافعي - وقال: هذا عقيل فما قضى عليه فَعَلَيَّ، وما قضى له فلي.

وروي أنه قال: إن للخصومات قُحَمًا وإنها لتحلق، وإن الشيطان يحضرها، وإني إن حضرت خفت أن أغضب، [وإن غضبت](٦) خفت ألا أقول حقًّا.

فلما ضعف عقيل، وكل عبد الله بن جعفر أخيه(٧) في مجلس عثمان، ولم ينكر أحد من الصحابة ذلك؛ فكان إجماعًا.

قال: واستيفائها؛ **لأنه ﷺ بعث العمال لقبض الصدقات والجِزَى(٨).**

---

(١) أخرجه البخاري (١٥/ ٩٢) كتاب الأحكام، باب: كتاب الحاكم إلى عماله والقاضي إلى أمنائه، برقم (٧١٩٢)، ومسلم (٣/ ١٢٩٨) كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: القسامة، برقم (١٦٦٩).

(٢) سقط في ج، د.

(٣) في أ، د: حيث.

(٤) سقط في أ، د.

(٥) في أ، ج، د: أكبر، أكبر.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ج، د: أخته.

(٨) أما بعث النبي ﷺ للصدقات فأحاديثه كثيرة؛ منها ما روي عن أبي هريرة: «أن رسول الله ﷺ بعث عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - على الصدقة».
أخرجه البخاري (٤/ ٩٢) كتاب الزكاة، باب قوله تعالى: ﴿وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٦٠] برقم (١٤٦٨)، ومسلم (٢/ ٦٧٦) كتاب الزكاة، باب: في تقديم الزكاة ومنعها، برقم (١١/ ٩٨٣)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.
ومنها ما روي عن سهل بن سعد «أن رسول الله ﷺ استعمل ابن اللتبية على الصدقات».
أخرجه البخاري (٥/ ٥٣٨) كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب: من لم يقبل الهدية لعلة، برقم (٢٥٩٧)، ومسلم (٣/ ١٤٦٣) كتاب الإمارة، باب: تحريم هدايا العمال، برقم (٢٦، ٢٧/ ١٨٣٢).

ويدخل في هذا استيفاء الشفعة، ويستثنى منه حق القسم؛ كما صرح به صاحب البحر.

قال: والإبراء منها؛ لأنه إذا جاز التوكيل في[١] الاستيفاء[٢]، ففي الإبراء - مع أنه إسقاط - أولى.

ويشترط أن يكون ما يبرئ منه معلومًا؛ كما حكاه الماوردي، والبندنيجي، والشيخ في المهذب، وغيرهم.

وحكي عن القاضي الحسين أنه قال: إذا عرف الموكل قدر[٣] الدين - كفى، ولم يجب إعلام الوكيل به، وهو الذي أورده في الوجيز.

وفي البحر حكاية وجه: أنه يجوز مطلقًا وإن لم يذكر القدر، وصورة ذلك أن يقول: «أبرئه من ديني».

وما ذكره الجمهور والقاضي؛ بناء على الصحيح في أن الإبراء من المجهول لا يصح:

[أما][٤] إذا قلنا: إنه يصح؛ فيحسن أن نجزم بالصحة، وعليه يتفرع ما إذا قال: «أبرئ فلانًا عن[٥] شيء من ديني، أو عما شئت منه»، فيصح إبراؤه بشرط أن يبقي منه شيئًا[٦].

---

(١) في د: و. (٢) في د: والاستيفاء. (٣) في أ: قدم.

(٤) سقط في أ. (٥) في أ: من.

(٦) قوله: وما ذكره الجمهور والقاضي، بناء على الصحيح في أن الإبراء من المجهول لا يصح.
أما إذا قلنا: إنه يصح، فيحسن أن نجزم بالصحة، وعليه يتفرع ما إذا قال أبرِئْ فلانا عن شيء من ديني، أو عمَّا شئت من ديني - فيصح إبراؤه بشرط أن يبقي منه شيئًا. انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن ما ذكره من تفريع الصحة في هاتين المسألتين على القديم حتى يكون باطلا على الجديد، سهو أوقعه فيه إلباس وقع في كلام الرافعي؛ فإنه قال: وقوله - يعني «الوجيز»-: يستدعي علم الموكل، يجوز إعلامه أيضا؛ لأنا إذا صححنا الإبراء عن المجهول لا يعتبر علم الموكل أيضا.
ثم ينظر في صيغة الإبراء: إن قال: أبرئْ فلانًا عن ديني، أبرأه عن الكل، وإن قال: عن شيء منه، أبرأه عن قليل منه، وإن قال: عما شئت، أبرأه عما شاء، وأبقى شيئًا. هذا كلامه، فقوله: ثم ينظر، استئناف كلام؛ ولذلك احترز في «الروضة»، فذكره حكمًا مستقلًا بلفظ لا إلباس فيه، فتوهم ابن الرفعة أنه تفريع على ما قبله؛ فصرح به، وهو باطل.
أما في قوله: عما شئت، فواضح؛ فإن التخيير ليس من أقسام الجهالة قطعا؛ ولهذا لو قال: بعْ بما تراه، أو: بعْ ما شئت من عبيدي، ونحوه - صح.

قال: وفى الإقرار وجهان:

وجه الجواز: أنه قول يلزم به الحق؛ فجاز التوكيل فيه؛ كالشراء، وهذا ظاهر المذهب في تعليق البندنيجي، [والمهذب][(١)]، والأصح في التهذيب.

ووجه المنع: أنه توكيل في إخبار عن حق، فلم يصح؛ كالتوكيل في الشهادة به؛ وهذا قول ابن سريج، ويحكى عن الأكثرين، واختاره القفال، والإمام، وقال القاضي الحسين: لا خلاف فيه على مذهبنا.

التفريع:

إن قلنا بالأول، فلا يجعل الموكل مقرًّا ما لم يقر الوكيل، ولا يشترط أن يكون ما يوكل بأن يقر به معلومًا، بل يجوز أن يقول: «وكلتك؛ لتقر عني بألف مثلًا، أو بمال».

وحكى صاحب العدة عن رواية الشيخ أبي علي: أنه يشترط أن يكون معلومًا، وهو ما حكاه الماوردي، والغزالي، [والشيخ في المهذب][(٢)] فإذا[(٣)] لم يذكر القدر والصفة؛ لم يصح.

فإن قلنا: لا يشترط، فلو قال: «أقر عني»، كان كما لو قال: أقر عني بشيء في وجه حكاه الرافعي عن الشيخ أبي حامد، والإمام، والطبري في العدة عن حكاية الشيخ أبي علي.

والمذهب - وهو الذي جزم به البندنيجي: أن الوكيل إذا قال: أقررت عنه، لم يكن إقرارًا بشيء؛ كقول الموكل[(٤)]: «أقررت».

= وأما إذا قال: عن شيء منه؛ فلأن المجهول الذي يبطله هو الإبراء عن دينه، ولا يعلمه؛ لما في تصحيحه من الغرر الظاهر، ولفظ «الشيء» محمول على الأقل؛ فلا غرر فيه، وقد وافق في «المطلب» على ما قلناه في «ما شئت»، وقال في لفظ «الشيء»: إنه تفريع على الإبراء من المجهول، وأولى بالبطلان.

الأمر الثاني: أن ما ذكره في المسألتين من كونه يصح إبراؤه بشرط أن يبقي شيئًا - صحيح في المسألة الثانية، وأما في الأولى فلا؛ بل لا يبرئه إلا عن أقل ما ينطلق عليه الاسم؛ لأن اللفظ لا عموم فيه ولا تخيير، والاسم قد صدق بالأقل؛ فكيف يبرئه عن زيادة مع الشك في إرادته؟! وقد صرح صاحب «التتمة» بذلك، ونقله عنه في «الروضة»، وقال: إنه واضح. وكلام الرافعي المتقدم كالصريح فيه؛ ولهذا غاير بين المسألتين. [أ و].

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) في أ، د: وإذا.
(٤) في أ: الوكيل.

قلت: وهذا التصوير من البندنيجي يقتضي أن كيفية الإقرار إذا عين[(١)] له شيئًا[(٢)] يقر به - أن يقول: [«قررت عنه بكذا».

وقد صور بعضهم إقرار الوكيل عن موكله بأن يقول][(٣)]: «جعلت موكلي مقرًّا بكذا».

وعلى الثاني - وهو أن التوكيل في الإقرار لا يصح - فهل [يجعل][(٤)] الموكل مقرًّا[(٥)] به؟ فيه وجهان:

أحدهما-: وبه قال ابن سريج، وهو الأصح في التهذيب -: لا؛ كما لا يكون الأمر بالأمر أمرًا.

والثاني: نعم، وقد نسبه المتولي إلى رواية ابن سريج أيضًا، وصاحب [التهذيب][(٦)] قال: إنه من تخريج ابن القاص؛ لأن توكيله دليل على ثبوت الحق عليه، واختاره الإمام؛ هذه طريقة الجمهور.

وفي الحاوي وحلية الشاشي: أنا إذا صححنا التوكيل، فهل نجعله مقرًّا به أم لابد من إقرار الوكيل؟ فيه وجهان:

قال: وفى تملك المباحات: كالصيد، والحشيش، والماء - قولان:

وجه المنع، وهو الأصح في الجيلي: أن سبب الملك وجد منه، وهو وضع اليد؛ فلا تنتقل[(٧)] عنه بالنية[(٨)]؛ كما في الغنيمة.

ووجه الجواز - وهو الأصح عند الجمهور، والمختار في المرشد -: أنه تمليك مال بسبب لا يتعين عليه، فجاز أن يوكل فيه؛ كالابتياع والاتهاب.

واحترزنا بقولنا: بسبب لا يتعين عليه عن الجهاد.

والخلاف المذكور يجري في [التوكيل في][(٩)] إحياء الموات؛ كما صرح به في المهذب، وقد حكينا عن القاضي الحسين في آخر باب الشركة: أنه مخرج من القولين في مسألة الاشتراك في البغلة، والراوية، والاستقاء، وكذلك قاله القاضي أبو الطيب.

---

(١) في د: عبَّر.
(٢) في د: بشيء.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: فيه.
(٦) في أ: التقريب.
(٧) في د: ينتقل.
(٨) في د: بالبينة.
(٩) سقط في أ.

فرع: لو استأجر شخصًا؛ ليحتطب له أو يحتش مدة معلومة، أو يحيي له أرضًا ميتة - فالإجارة صحيحة؛ كما صرح به القاضي الحسين في أواخر الشركة، وادعى الإمام الجزم بذلك.

وأجاب القاضي ابن كج [وابن سريج][١] بمنع الصحة.

وحكى البغوي والمتولي في باب الإجارة في[٢] [صحة][٣] ذلك وجهين.

وعلى الأول لو كانت الإجارة على استقاء الماء - فسدت؛ للجمع بينها وبين غيرها من العقود على عوض واحد، فالماء للمستأجر؛ لأن منافعه مضمونة عليه بأجرة المثل؛ وهذا [إذا][٤] لم يقصد المستقي نفسه، أما إذا [قصد نفسه][٥] في هذه الحالة، فعن الشيخ أبي علي أنه يكون للمستأجر - أيضًا - وتوقف الإمام فيه؛ لأن منفعته غير مستحقة للمستأجر، وقد قصد نفسه، فليكن[٦] الحاصل له.

[فرع][٧] آخر: لو أمره بالالتقاط، فالتقط، كان المُلتَقِط أحق به؛ قاله في البحر، ولم يحك فيه الخلاف المذكور [في التوكيل][٨] في الاحتطاب.

وقال صاحب البيان: يحتمل أن يتخرج [على الوجهين][٩] [فيه][١٠].

قلت:- وهذا يظهر إذا غَلَّبنا على اللقطة شائبة الاكتساب.

قال: ولا يجوز التوكيل في الظهار والأيمان [والإيلاء][١١].

أما في الأيمان؛ فلأن التوكيل لا يحصِّل مقصودها، وهو تعظيم الرب - سبحانه وتعالى - فأشبه العبادات، والشهادة.

وأما في الظهار؛ فلأنه منكر من القول وزورٌ، وفي ذلك إعانة عليه مع أنه فيه معنى اليمين؛ [لأنه [قد يفضي إلى][١٢] وجوب الكفارة.

والإيلاء واللعان والقسامة من جملة الأيمان،][١٣] فلا يجوز التوكيل فيها، وقد ألحق بها النذور.

---

(١) سقط في ج، د.
(٢) زاد في أ: في أن الإجارة في صحة.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ، د: قصدها.
(٦) في أ: ولكن.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في ج، د.
(١٢) في أ، د: يقتضي.
(١٣) سقط في د.

وحكى القاضي الحسين في جواز التوكيل في الظهار خلافًا، مبنيًا على أن المغلب فيه شائبة الطلاق، أو اليمين؟ فإن غلب الأول؛ جاز، وهو ما قال في التتمة: إنه المذهب، وإن غلب الثاني؛ فلا، كما هو الظاهر عند المعظم، ونسبه المتولي إلى المزني.

قال: وفي الرجعة وجهان: **وجه الجواز - وهو الأصح، وبه جزم الماوردي، والإمام [هاهنا][١] القياس على النكاح؛ فإن كل واحد منهما القصد به[٢] استباحة المحرم.**

ووجه المنع: [القياس][٣] على التوكيل في اختيار [العدد الذي جوزه الشرع عند إسلام الزوج على أكثر منه، وعلى التوكيل في اختيار][٤] المطلقة من الزوجتين[٥] طلاقًا مبهمًا[٦] والمعتقة من الأمتين كذلك؛ لتوقف[٧] ذلك على شهوات النفوس[٨].

وفي بحر المذهب حكاية قول في جواز التوكيل في اختيار الزوجات عند الإسلام؛ إلحاقًا له بالرجعة.

وجزم المتولي بعدم الإلحاق عند إطلاق التوكيل، وبالإلحاق إذا أشار إلى أربعة منهن، وقال: [وكلتك في اختيارهن في النكاح[٩].

وكذلك قال فيما إذا طلق إحدى المرأتين لا بعينها، ثم أشار إلى واحدة، وقال:][١٠] [وكلتك في][١١] اختيارها للنكاح، أو للطلاق.

قال: وأما حقوق الله تعالى[١٢]، **فما كان منها عبادة، لا يجوز التوكيل فيها؛ لأن المطلوب منها ابتلاء الشخص وامتحانه بإتعابه[١٣] نفسه، وذلك لا يحصل بالتوكيل.**

قال: إلا في الزكاة - **أي: في تفريقها** - والحج - **أي: عند[١٤] العجز - لما ذكرناه في موضعه.**

---

(١) في أ: هنا.
(٢) في أ: منه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ، جـ: الزوجين.
(٦) في أ، جـ: منهما.
(٧) في جـ، د: لوقوف.
(٨) في أ: النفس.
(٩) في د: اختيارها ولاء النكاح.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في التنبيه: عز وجل.
(١٣) في جـ: بأنعامه.
(١٤) في أ: قبل.

ويندرج في الحج ركعتا الطواف.

وفي الجيلي حكاية وجه في الزكاة: أنه لا يجوز التوكيل فيها؛ كالصلاة، وفي الصلاة: أنه يجوز فيها [كركعتي][(١)] الطواف.

وعلى الأول - وهو الصحيح - تلتحق بالزكاة الكفارات، وتفرقة النذور، وذبح الأضاحي، والهدايا، وبالحج الصوم على القول القديم في حق الميت.

والتوكيل في إزالة النجاسة جائز[(٢)]، وعنها احترز الشيخ بقوله: «عبادة»؛ لأنها من باب التروك[(٣)]؛ ولهذا لا يشترط فيها النية.

وغسل الميت قال في البحر: لا يجوز التوكيل فيه؛ لأنه من فروض الكفايات.

قلت: ويحتمل أن يكون ما قاله محمولًا على ما إذا لم يكن ثم من يجب عليه بخصوصه[(٤)].

قال: وما كان منها حدًّا - أي: كحد الزنا، والشرب، والسرقة - **يجوز التوكيل في استيفائه** - أي: في حضرة الإمام، وغيبته وكذا في حضرة السيد وغيبته؛ لقوله ﷺ: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت، فارجمها».

قال: دون إثباته؛ لأنه يحتاط[(٥)] لإسقاطه، فالتوكيل[(٦)] في إثباته مناقض للمقصود فيه.

ولأن الوكالة لو جازت في ذلك؛ لكانت[(٧)] في الدعوى، والدعوى فيه غير مسموعة؛ كما صرح به في البحر[(٨)].

قال: وما جاز التوكيل فيه، جاز[(٩)] مع حضور الموكل ومع غيبته:

---

(١) في جـ: ركعتي.
(٢) في جـ: جاز.
(٣) في أ، جـ: النزول.
(٤) في جـ: مخصوصة.
(٥) في أ، جـ: محتاط.
(٦) في أ: والتوكل.
(٧) في أ: لجازت.
(٨) قوله: ولا يجوز التوكيل في إثبات حد لله تعالى؛ لأنه يحتاط لإسقاطه؛ فالتوكيل في إثباته مناقض للمقصود.
ولأن الوكالة لو جازت في ذلك لكانت في الدعوى، والدعوى فيه غير مسموعة كما صرح به في «البحر». انتهى كلامه.
واعلم أنه يستثنى من ذلك مسألة واحدة ذكرها الرافعي في كتاب اللعان وقذف الزوجات، وهي دعوى القاذف على المقذوف أنه زنى. [أ و].
(٩) في أ: جار.

أما في الأموال؛ فلما ذكرناه من أنه ﷺ كان يبعث العمال؛ لقبض الصدقة والجزية، وقد اتفق العلماء على ذلك.

وأما في الباقي؛ فلأنه حق يجوز التوكيل فيه بحضرة الموكل، فجاز في غيبته؛ كقبض الديون.

قال: **وقيل: لا يجوز في استيفاء القصاص، وحد القذف مع غيبة الموكل**؛ لقوله ﷺ: «ادرءوا الحدود بالشبهات»[1]، وفي استيفاء هذا الحد شبهة؛ لأنه لا يدري الوكيل: [هل][2] عفا موكله أم لا؟ فلم يجز له استيفاؤه.

ولأن الحاضر قد يرق فيعفو، والغائب بخلافه؛ فاشترط حضوره؛ احتياطًا للدم؛ وهذا ما نص عليه الشافعي هاهنا؛ لأنه قال: «لم أحد، ولم أقتص حتى يحضر المحدود له، [أو المقتص][3] له».

ولأجل ذلك قال الطبري في المنهاج - كما حكاه في البحر عنه: إنه المذهب الصحيح.

وحكى الرافعي عن الروياني: أنه قال: هذا الذي يفتى به.

قال: **وقيل: يجوز** - أي: قولًا واحدًا - لما ذكرناه أولًا؛ وهذا قول أبي إسحاق وغيره من أصحابنا، وتمسكوا فيه بظاهر قول الشافعي في باب الشهادة على الجناية، وبقوله[4] في آخر الديات: [إذا وكله في تثبيت [حد لم يكن][5]، له

(١) أخرجه بهذا اللفظ أبو محمد البخاري في مسند أبي حنيفة كما في جامع المسانيد (٢/ ١٨٣) للخوارزمي، عن أبي سعيد بن جعفر عن يحيى بن فروخ عن محمد بن بشر عن الإمام أبي حنيفة عن مقسم عن ابن عباس قال: قال رسول الله - ﷺ -: «ادرءوا الحدود بالشبهات».
أبو سعيد بن جعفر: هو أبان بن جعفر.
قال الذهبي في المغني (١/ ٦) رقم (٤): أبان بن جعفر عن محمد بن إسماعيل الصائغ كذاب.
كذا قال: أبان، والصواب: أباء كما في اللسان.
قال الحافظ ابن حجر في لسان الميزان (١/ ٢١): روى عن محمد بن إسماعيل الصائغ، أورده الذهبي في ذيل الضعفاء، فقال: كذاب، كذا أورده تبعًا للبناني في الحافل ذيل الكامل فإنه أورده، ونقل عن ابن حبان أنه قال: رأيته وضع على أبي حنيفة أكثر من ثلاثمائة حديث مما لم يحدث به أبو حنيفة قط. قلت - أي الحافظ -: كذا سماه ابن حبان وصحفه، وإنما هو أباء بهمزة لا بنون. ا. هـ، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٣٣) وقال: غريب بهذا اللفظ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: والمقتص.
(٤) في أ: بقولنا.
(٥) في جـ، د: دين لم يجز.

أن يقتص حتى يحضر المقتص له أو وكيله).

وحملوا ما روي [عنه هنا][1] على الاحتياط.

وقد اختار هذه الطريقة - على ما حكاه في البحر - القاضي أبو الطيب الطبري، والقاضي أبو حامد، وأضاف ابن الصباغ إلى الطبري الشيخ أبا حامد.

وقد اعترض النواوي -رحمه الله - على الشيخ في إعادته هذا القول من حيث إنه داخل فيما ذكره أولًا.

وقد يجاب بأن المراد [به][2] بيان أن الأصحاب نصوا على جوازه، لا أنه[3] مأخوذ من عموم قاعدة قرروها[4].

قال: وقيل: فيه قولان، ووجههما ما ذكرناه، وأصحهما عند الماوردي، والبغوي: [الجواز، وقد اختار هذه الطريقة صاحب الإفصاح، وادعى الرافعي: أنها المشهورة، والماوردي][5]: أنها الذي صار إليها الأكثرون.

وقرب القاضي الحسين القولين من القولين في جواز الشهادة على الشهادة فيهما[6]، وكذلك في كتاب القاضي إلى القاضي.

ومحل الاتفاق على صحة التوكيل على هذه الطريقة إذا صدر بعد[7] ثبوت القصاص، فلو صدر قبل ثبوته؛ ففي صحته وجهان:

أحدهما - وهو قول[8] أبي إسحاق - لا يصح؛ كذا قاله الماوردي في كتاب القسامة.

التفريع:

إن قلنا: بعدم الجواز، فوكل فيه، واستوفاه الوكيل - وقع الموقع، لكنه[9] لم يستوفه بوكالة صحيحة.

وإن قلنا بالجواز، ففعله الوكيل بعد العفو، وقبل العلم به، فهل يجب على الوكيل الدية؟

---

(١) في أ: هاهنا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لأنه.
(٤) في أ: قررها.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: فيها.
(٧) في أ: بغير.
(٨) زاد في أ: ابن.
(٩) في جـ: لكن.

[قال الماوردي في كتاب الجنايات: إن كانت مسافة الوكيل أبعد من زمان العفو، مثل: أن يكون الوكيل على مسافة عشرة أيام، وعفو[1] الموكل قبل القصاص بخمسة أيام - فعفوه باطل؛ كما لو رمى سلاحه على المقتص منه، ثم عفا عنه قبل وصول السلاح إليه؛ [فإنه لا يجب][2] على الوكيل شيء.

وإن كانت مسافة الوكيل أقصر من زمان العفو، مثل: أن يكون الوكيل على مسافة خمسة أيام، وعفو الموكل قبل القصاص بخمسة أيام؛ ففي وجوب الدية على الوكيل][3] قولان، وقد بناهما البندنيجي وابن الصباغ على انعزال الوكيل قبل العلم.

قلت: وفي البناء نظر؛ من حيث إن الوكيل ينعزل ضمنًا وإن لم يبلغه الخبر وجهًا واحدًا؛ كما إذا باع الموكل ما وكل[4] فيه، أو أزال ملكه عنه؛ وهذا منه؛ لأن العزل وقع ضمنًا بالعفو عن الحق.

وقد يجاب عن ذلك بأن الخلاف المذكور راجع إلى صحة العفو، وعدم صحته قبل العلم؛ كما صرح به المحاملي في المجموع، فمن لم يصحح العفو قبل العلم؛ لم يوجب الدية، ومن صححه[5] أوجبها، [والله أعلم][6].

ثم إذا لم تجب الدية، [فهل تجب الكفارة؟ فيه وجهان.

وإن أوجبنا الدية، وجبت الكفارة.

لكن الدية][7] هل تجب في ما له دية عمد، أو تجب على عاقلته دية عمد الخطأ؟ فيه وجهان:

أولهما: اختيار الشيخ أبي إسحاق.

والثاني: اختيار ابن أبي هريرة

فإن أوجبناها عليه، فهل يرجع [بها][8] على الموكل؟

[حكى الجيلي عن ابن الصباغ فيه وجهين.

وعن البغوي القطع بعدم الرجوع.

---

(١) في أ: ويعفو.
(٢) في أ: لا يجب.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: وكله.
(٥) في أ: صحح.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.

وإن أوجبناها [على العاقلة][1]، فلا رجوع لهم على الموكل[2].

عند ابن الصباغ، والبغوي.

وفيه وجه حكاه الجيلي، أيضًا.

ولا نزاع[3] في أنه لا يجب عليه القصاص.

وفي الجيلي حكاية وجه [فيه][4].

ثم اعلم أن [من][5] المستثنيات - أيضًا - توكيل المرتهن في بيع الرهن؛ فإنه لا يصح البيع منه في غيبة الموكل، ويصح [مع][6] حضوره؛ على الأصح عند العراقيين؛ كما ذكرناه في باب الرهن، ولم يستثنه الشيخ.

قال: ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنها إثبات حق السلطنة والتصرف للوكيل؛ فافتقرت إلى ذلك؛ كسائر التمليكات.

وصيغة الإيجاب أن يقول: «وكلتك»، أو: «أنت وكيلي»، أو: [قد][7] جعلتك لي وكيلًا في كذا، ويقوم مقام ذلك قوله: «فوضت إليك»، «وأنبتك فيه»، و«أقمتك مقامي فيه»، وكذا قوله: «بعه»، «وهبه لزيد»، [وما][8] أشبه ذلك؛ للدلالة[9] على المقصود.

قال: ويجوز القبول فيه بالقول؛ كما في سائر العقود، وصورته أن يقول: «قبلت الوكالة»، ويقوم مقامه قوله: «توكلت».

قال: والفعل - أي: الموكل فيه - لأن الوكالة أمر للوكيل، وقبول الأمر امتثاله، وذلك يحصل بالتصرف؛ كما قلنا في الوديعة والعارية[10]، [أيضًا][11]، ويخالف هذا سائر العقود من الهبة، والوصية، وغيرهما؛ لأنها تتضمن التمليك؛ فافتقرت إلى القبول بالقول؛ كالبيع.

وقد صار إلى هذا أيضًا صاحب التهذيب، وكثيرون.

وحكي - أيضًا - عن القفال، لكنه عبر عنه بأنه [لا يحتاج][12] إلى القبول؛

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ولا خلاف.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: في.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: أيضا.
(٩) في د: الدالة.
(١٠) في أ: المضاربة.
(١١) سقط في د.
(١٢) في أ: يحتاج.

لأن الاشتغال بالتصرف قبول منه له.

قال الروياني: والأولى العبارة الأُولى.

وحكى الإمام وجهًا مع ما حكي عن القفال: أنه لا بد من القبول باللفظ.

والذى حكاه القاضي الحسين: أنا لا نشترط القبول باللفظ إذا كان لفظ الموكل صيغة أمر، كقوله: «بع»، ونحوه، وأجرى[١] الخلاف فيما إذا كان على صيغة العقود؛ كقوله: «وكلتك»، و«فوضت إليك».

وعلى ذلك جرى المتولي، لكنه جعل المذهب المشهور حيث أجرى الخلاف: أنه لا يشترط القبول - يعني: باللفظ - كما هو عند غيره، وأن من صار إلى اشتراطه هو الذي [يراعي في العقود ألفاظها[٢] لا معانيها.

والذى ذكره القاضي أن اشتراط القبول هو الذي يدل عليه][٣] ظاهر النص، وقد استحسن الإمام هذه الطريقة هاهنا، وقال في أول كتاب الوديعة: الأصح: أنه لا يشترط القبول في الوكالة، على أي وجه فرضت.

وألحق المتولي بقوله مع قوله: أذنت لك في كذا.

قال: ويجوز[٤] **على الفور**؛ كسائر العقود وعلى التراخي؛ لأن الوكالة تصح بالمعلوم والمجهول: كالخصومات، وبالموجود وبالمعدوم[٥]: كاستيفاء ما وجب له وما سيجب[٦]؛ فجاز تراخي القبول فيها[٧]؛ كالوصية.

هذه[٨] علة الشيخ أبي حامد، وقد يمنع جواز التوكيل فيها بالمجهول - كما صوره [في المخاصمة][٩] - فإن لأصحابنا وجهًا[١٠] في عدم صحة التوكيل بها.

كذا والذى وجهه به القاضي أبو الطيب: أن التوكيل إذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع الآذن، وإذا كان الإذن باقيًا، لم يكن فرق بين أن يقبل في الحال، أو يؤخر القبول إلى وقت آخر.

وحكى القاضي الحسين وجهين فيما إذا اشترطنا القبول بالنطق: أنه هل يكتفي

---

(١) في جـ: وإجراء.
(٢) في د: ألفاظه.
(٣) سقط في جـ.
(٤) زاد في التنبيه: القبول.
(٥) في جـ، د: المعدوم.
(٦) في د: يستحب.
(٧) في جـ: فيهما.
(٨) في د: وهذه.
(٩) في د: بالمخاصمة.
(١٠) في جـ: وجهان.

به في [غير][(١)] ذلك المجلس؟ وقال: الأصح [عندي][(٢)]: أنه يختص [بذلك في][(٣)] المجلس.

وقال في التتمة: لا خلاف أنه لا يجب القبول كسائر العقود، والأمر فيه موسع.

وحكى الشيخ والماوردي عن القاضي أبي حامد: أنه اعتبر وقوع القبول على الفور؛ كما في البيع، وخطأه[(٤)] الماوردي.

قال الرافعي[(٥)]: وهذا إذا اشترطنا النطق، أما إذا لم نشترطه، فلا يشترط التعجيل بحال، ولو خرج على أن الأمر [هل][(٦)] يقتضي الفور؟ لما بعد.

وقد حكى الغزالي ما ذكره الشيخ عن العراقيين، وقال: إنه عين إسقاط القبول، وفي إطلاقه نظر؛ من حيث إن القبول يطلق بمعنيين:

أحدهما: اللفظ الدال على الرضا على النحو المعتبر في المعاملات.

والثاني: الرضا، والرغبة فيما فوض[(٧)] إليه، ويقتضيه الرد، فإن أراد المعنى الأول فصحيح، لكن المعتبر عند العراقيين في الوكالات القبول بالمعنى الثاني؛ حتى لو رد، وقال: «لا أقبل، ولا أفعل»، بطلت، ولو ندم، وأراد أن يفعل، احتاج إلى تجديد الإذن.

ثم ما ذكرناه من عدم اشتراط الفورية مفروض فيما إذا لم يعين[(٨)] زمان العمل الذي[(٩)] وكل فيه.

فإن تعين، وخيف فواته، كان القبول فيها على الفور.

وكذلك لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده صار[(١٠)] قبولها على الفور؛ صرح به الماوردي، وتبعه الروياني[(١١)].

---

(١) سقط في د، ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ملك، وفي د: بذلك.
(٤) في أ: وحكاه.
(٥) في ج: الماوردي.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ج: فرض.
(٨) في أ: يتعين.
(٩) في ج: أو.
(١٠) في أ، د: جاز.
(١١) قوله: ثم ما ذكرناه من عدم اشتراط الفورية في الوكالة مفروض فيما إذا لم يعين زمان العمل الذي وكل فيه.
فإن تعين وخيف فواته كان القبول فيها على الفور.
وكذلك لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده صار قبولها على الفور، صرح به الماوردي، وتبعه =

[فرعان][1] :

على القول [بأنا لا نشترط][2] القبول؛ كما حكاه الإمام:

أحدهما: لو وكله، والوكيل لا يشعر [به][3]، هل تثبت وكالته؟

قال في النهاية: فيها وجهان، يقربان من القولين في أن العزل هل ينفذ قبل بلوغ الخبر، فالوكالة أولى بألَّا تثبت، فإن لم نثبتها، فهل يحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر؛ كالعزل أم لا؟

فيه وجهان عن رواية الشيخ أبي محمد.

فإن لم نحكم به، فقد اشترطنا اقتران علم الوكيل بالوكالة.

والأظهر: ثبوت الوكالة وإن لم يعلم، وعلى هذا فلو تصرف الوكيل، وهو غير عالم، ثم تبين الحال، خرج على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على [ظن][4] أنه حي، فإذا هو ميت.

الثاني: لو كتب إليه بالوكالة[5]، وأرسل إليه، كفى.

وعلى القول «باشتراطه بالنطق»، فالحكم كما لو كتب بالبيع، والذى أجاب به الماوردي، والبندنيجي، والروياني الجواز، وادعى القاضي أبو الطيب في مسألة بلوغ الخبر إجماع المسلمين على الصحة.

[فرع:][6] تعيين الوكيل شرط في الوكالة؛ حتى لو قال: أذنت لكل من أراد بيع عبدي [هذا][7]، لم يصح التوكيل؛ صرح به الإمام في الجعالة، ونسبه الغزالي في كتاب الحج إلى القفال.

قال: ولا يجوز عقد الوكالة على شرط مستقبل، أي: مثل إن قال: «إذا جاء رأس الشهر، فقد وكلتك في بيع عبدي»؛ كما صوره في التهذيب[8]، أو: «إذا تزوجت فلانة، فقد وكلتك في تطليقها»[9]، أو: إذا اشتريت عبدًا، فقد وكلتك في

= الروياني. انتهى.
أهمل صورة ثالثة ذكرها الروياني، وهي أن يوكله في إبراء نفسه. [أ و].

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: باشتراط.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ، د: أو.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ، د: المهذب.
(٩) في أ: طلاقها.

بيعه [أو عتقه][(١)]؛ كما صوره ابن أبي الدم.

[و][(٢)] وجهه: أنه عقد يملك به التصرف في حالة[(٣)] الحياة، لم يبن على التغليب والسراية، وتؤثر فيه الجهالة؛ فلم يجز تعليقه على شرط؛ كالبيع، والإجارة، والقراض.

وحكى الشيخ في المهذب [وغيره][(٤)] وجهًا: أنه يجوز كما في الوصية، والإمارة[(٥)]؛ وكذا حكاه ابن أبي الدم في الصورتين اللتين ذكرهما.

وقال الإمام في آخر باب الطلاق قبل النكاح فيما إذا قال الإنسان: «إن تزوجت فلانة؛ فقد وكلتك في طلاقها»: إن الوجه القطع ببطلان الوكالة؛ فإنه تصرف في الطلاق قبل الملك.

وأيضًا: فإنا [إذا][(٦)] لم نجوز تعليق الطلاق قبل النكاح مع أنه يقبل التعليق، فكيف تصح الوكالة مع الاختلاف في قبولها [التعليق][(٧)].

وقال هاهنا: أحسن الطرق عندي تخريج ذلك على الخلاف في [أن][(٨)] القبول هل يشترط؟ فإن قلنا بعدم اشتراطه[(٩)]، لم يمتنع تعليق الوكالة، وإن شرطناه[(١٠)] [فيبعد تصحيح التعليق في الوكالة.

وحكى عن شيخه: أنا إن لم نشترط القبول، جاز التعليق، وإن اشترطناه][(١١)]، ففي جواز التعليق وجهان.

وإن هذا بعيد، لم نره[(١٢)] إلا له، ومقتضى ما قاله هو وشيخه: أن يكون الصحيح صحة التعليق؛ فإن الصحيح عدم اشتراط القبول، والصحيح عند العراقيين ما ذكره الشيخ[(١٣)]، [وأجابوا][(١٤)] عن الوصية بأنها تجوز بالمجهول، وما جاز بالمجهول جاز تعليقه؛ لأنهما متقاربان.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في د: حال.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: الإجارة.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في د.
(٩) في أ: اشتراطها.
(١٠) في أ، د: اشترطنا.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) في أ: أره.
(١٣) زاد في أ: أبو حامد.
(١٤) سقط في أ.

وعن الإمارة[1] بأنها تجوز مع الجهالة - أيضًا - فإن عمر - رضي الله عنه - جعلها شورى.

وقد تحصل من مجموع ذلك في كيفية [بناء][2] الخلاف - ثلاث طرق:

أحدها: وهي طريقة العراقيين[3]: أن القبول بالقول لا يشترط، وفي جواز التعليق وجهان.

والثانية والثالثة طريقة[4] الإمام ووالده.

[فرع: قال في البحر في كتاب القراض: إذا قال: «وكلتك في بيع [هذه السلعة][5]، وصرف ثمنها في سلعة أخرى» - صح التوكيل بالبيع[6]، وفي التوكيل بالشراء وجهان[7]][8].

قال: **فإن عقد على شرط، ووجد الشرط، فتصرف الوكيل، نفذ[9] تصرفه** - أي: وإن فرعنا على المذهب - لوجود الإذن الخالي عن المفسد؛ كما لو وكله في البيع، وشرط له جعلًا فاسدًا؛ فإن الوكالة فاسدة، والبيع صحيح بصحة الإذن، لكن التصرف وإن صح فلا يسوغ[10] للوكيل الإقدام عليه؛ لفساد الوكالة، ويستحق أجرة المثل [إذا تصرف][11]، وقد شرط له جعلًا[12].

واستبعد ابن الصباغ عدم جواز التصرف مع القول [بصحة الإذن][13]، وقال: لو لم يستبح التصرف، لم يصح منه فلما صح منه تبين أنه يستبيحه بالإذن وإن فائدة الفساد: أن المسمى لا يثبت، وتجب أجرة المثل.

وعكس الشيخ أبو محمد ذلك، وقال: هو لا يستبيح التصرف؛ فلا ينفذ تصرفه، وقطع به.

قال الإمام: وكشف الغطاء عن ذلك: أن صيغة الإذن الصادر من الموكل إن

---

(١) في جـ: الإجارة.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ، د: العراق.
(٤) في جـ: طريقتي.
(٥) في أ، د: سلعة.
(٦) في أ: في البيع.
(٧) في أ: قولان.
(٨) سقط في د.
(٩) في أ: بعد.
(١٠) في جـ: يشرع.
(١١) في أ: إذ التصرف.
(١٢) في أ: حصلا.
(١٣) في أ، د: بصحته.

كانت [أمرًا وجرينا][(١)] على أنه لا يقتضي القبول[(٢)]، فيجب القطع بأنها تقبل التعليق.

[وإن كانت توكيلًا، وقضينا بأنها تفتقر إلى قبول، فالتعليق يفسد بخروج القبول عن الضبط؛ فكأن لا قبول، وإذا فسد القبول، لم][(٣)] يستفد[(٤)] الوكيل التصرف.

وقد حكى المتولي ما صار إليه الشيخ أبو محمد وجهًا

[قال:][(٥)] وإن وكله في الحال، وعلق التصرف على شرط - جاز.

قال في المهذب: لأنه لم يعلق العقد على شرط، وإنما علق التصرف فيه، فلم يمنع صحة العقد، وصورة [ذلك أن يقول: وكلتك «أن تبيع مالي، أو تطلق زوجتي بعد شهر».

وصور الإمام][(٦)] ذلك بأن يقول: وكلتك ببيع عبدي، ولا تبعه إلا بعد شهر.

والرافعي بأن يقول: «وكلتك ببيع عبدي الآن، ولا تبعه إلا بعد شهر». وادعى اتفاق الأصحاب على صحة ذلك.

وقال الإمام: في صحة التوكيل نظر؛ فإنه لا معنى للتوكيل مع امتناع التصرف، والمقصود من الألفاظ معانيها، وحكى أن في كلام العراقيين رمزًا إلى أنه لا فرق بين تعليق الوكالة، وبين تعليق التصرف بالوكالة، وأنه حسن.

وقد ألحق البغوي بما ذكرناه في الصحة ما إذا قال: وكلتك [أن تطلق][(٧)] كل امرأة أتزوجها، وتعتق[(٨)] كل عبد أشتريه، ثم نكح، وملك.

والمتولي عند الكلام في اشتراط الفورية في القبول [ألحق به][(٩)] ما إذا قال: وكلتك ببيع ما يثمر[(١٠)] نخلي وتنتج مواشيَّ؛ نظرًا[(١١)] إلى تنجيز الوكالة في الحال[(١٢)].

وما قالاه قد حكاه الإمام وجهًا عن القاضي في [آخر باب][(١٣)] الطلاق قبل

---

(١) في جـ: وجزمًا.
(٢) زاد في أ: فيجب القبول.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ، د: يستفيد.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في أ: في طلاق.
(٨) في أ: أو في عتق، ود: أو تعتق.
(٩) سقط في أ، د.
(١٠) في د: تثمر.
(١١) في أ: ينظر.
(١٢) في أ: الوكالة.
(١٣) في د: أخريات.

النكاح فيما إذا قال: وكلتك في بيع [عبد][١] فلان إذا ملكته، أو: في طلاق فلانة إذا نكحتها[٢]، ثم ملك، ونكح.

وحكى عنه وجهًا آخر: أنه لا يصح [ثم قال: والوجه عندي القطع بالفساد؛ فإن الوكالة لا تصح][٣]، لتنجيزها، والتصرف غير ممكن؛ فلا فرق في المعنى بين هذه الصورة وبين ما إذا قال: «إن تزوجت فلانة، فقد وكلتك في طلاقها».

فروع:

[أحدها:][٤] لو أَقَّتَ الوكالة، فقال: «وكلتك إلى شهر»، صح؛ كما حكاه الرافعي عن العبادي في الرقم، والقاضي الحسين في كتاب: القراض[٥].

[الثاني:][٦] تعليق العزل على شرط يجوز؛ على الأصح؛ [كما][٧] في النهاية، وفيه وجه.

وقد أشار القاضي الحسين والإمام إلى أن الخلاف يترتب[٨] على تعليق التوكيل، وأولى بالجواز؛ فإن الطريقة الصحيحة بناء تعليق التوكيل على اشتراط القبول فيها، وهو غير مشترط في العزل.

[الثالث:][٩] تعليق الإباحة على الشرط، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد أبحتك كذا، هل يجوز؟ فيه وجهان في آخر كتاب الوكالة [في البحر][١٠].

فرع: إذا جوزنا تعليق الوكالة، فقال الموكل: وكلتك في كذا، وكلما عزلتك، فأنت وكيلي - صحت الوكالة في الحال؛ على الأصح.

وفي تعليق القاضي الحسين وغيره حكاية وجه: أنها لا تصح؛ لاشتمالها على شرط التأبيد، وهو إلزام[١١] العقد الجائز.

فإن قلنا بالأول، أو[١٢] كان قوله: مهما عزلتك، فأنت وكيلي منفصلًا عن الوكالة - فإذا عزله، وعلم الوكيل، عاد وكيلًا، وهكذا الحكم فيما إذا لم يعلم،

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: أنكحتها.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: الفرائض.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) في أ، د: مرتب.
(٩) سقط في أ، د.
(١٠) سقط في أ، وفي د: من البحر.
(١١) في د: التزام.
(١٢) في د: إن.

وقلنا: لا يشترط بلوغ الخبر في العزل، أما إذا اشترطناه[١]؛ فلا يكون [قد][٢] عزل، ثم عاد، بل هو مستمر على الوكالة.

وقد حكى الإمام فيما إذا قلنا: إنه ينعزل وإن لم[٣] يشعر به - ترددًا عن الأصحاب: [و][٤] أن منهم من ألحق عوده وكيلًا بالتوكيل، حيث لا يشعر الوكيل، ولم يشترط القبول، وقد ذكرناه.

ومنهم من قال بنفوذ التوكيل هاهنا؛ فإن صورة المسألة تؤمن الوكيل[٥] من اطراد العزل عليه.

ثم قال: ولا شك أنا نضطر إلى عود[٦] العزل فى[٧] وقت وإن لطف، ثم نفرض على الترتيب عود الوكالة، فلو صادف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف، فهل ينفذ[٨]؟ فيه وجهان:

فإن لم ننفذه، [و][٩] وقع الاختلاف فيه، فالأصل استمرار الوكالة، والحكم بنفوذ التصرف.

قال الرافعي: وهذا الفرض والتصوير إنما [يتضح][١٠] لو وقع بينهما ترتيب زماني، والترتيب في مثل هذا لا يكون إلا عقليًّا.

وطريق الموكل في عزل الوكيل أن يوكل غيره، فيعزله، فإن كان قد قال: «كلما عزلتك، أو عزلك غيري، فأنت وكيلي» - فطريقه [فيه][١١] كما قال الشيخ أبو محمد: أن يقول: «كلما عدت وكيلي، فأنت معزول»؛ فيلتقي[١٢] عود العزل وعود الوكالة، والعزل أغلب، وإلى ذلك أشار الغزالي بقوله: «فيتقاوم العزل والوكالة والأصل منع التصرف».

قال: وإن وكله[١٣] **في خصومة، أو [في][١٤] استيفاء حق - لم يفتقر**[١٥]

---

(١) في د: اشترطناه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ولم.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) في جـ: التوكيل، ود: للوكيل.
(٦) في جـ: عودة.
(٧) في جـ، د: إلى.
(٨) زاد في أ: ذلك.
(٩) سقط في أ، د.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: ينتفي، وجـ: فيكتفي.
(١٣) في التنبيه: وكَّل.
(١٤) سقط في جـ، د.
(١٥) في التنبيه: يعتبر.

[إلى][(١)] رضا الموكل عليه؛ لأن التوكيل في ذلك برضا الخصم جائز اتفاقًا، وما جاز التوكيل فيه برضا الخصم، جاز التوكيل فيه بدونه، كالتوكيل في قبض الزكاة، والجزية.

ولأنه توكيل لا يعتبر فيه رضا الخصم مع[(٢)] غيبة الموكل، فلم يعتبر فيه [مع][(٣)] حضوره؛ كتوكيل المريض [والمخدرة، وقد وافق الخصم][(٤)] - وهو أبو حنيفة - على جواز ذلك.

فرع: لو وكله في مخاصمة كل خصم يحدث له في ففي صحة هذه الوكالة وجهان:

أحدهما - وهو [قول][(٥)] البصريين - أنها باطلة؛ لما يتضمنها[(٦)] من الجهالة بالموكل فيه، وأنها على غير شيء في الحال.

والثاني - وهو قول البغداديين - أنها صحيحة؛ لأنها من العقود الجائزة؛ فلا تبطل بالجهالة.

فعلى هذا هل يحتاج إلى بيان ما فيه الخصومة من عين، أو دين، أو أرش جناية، أو بدل مال؟ فيه وجهان حكاهما العبادي، كالوجهين في بيان من يخاصم معه.

قال: **وإن وكَّله[(٧)] في حق، لم يجز للوكيل أن يجعل ذلك إلى غيره**؛ لأنه لم يأذن له في التوكيل، ولا تضمنه إذنه عرفًا؛ فلم يجز له، والأصل في التصرف في مال الغير الحظر[(٨)].

ولأنه إنما رضي بأمانته؛ فلا يجوز أن يأتمن[(٩)] غيره؛ [كما في الوديعة][(١٠)].

قال: **إلا أن يأذن له فيه**؛ لزوال المانع، **أو كان ذلك مما لا يتولى مثله بنفسه**، أي: مثل أن يوكل في البيع والشراء من لا يتولى التصرف في الأسواق، أو من هو جاهل بما وكله فيه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: في.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: والمخدورة برضا.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: لم يضمها.
(٧) في التنبيه: وكل.
(٨) في جـ، د: الحصر.
(٩) في أ: يأمن.
(١٠) سقط في جـ.

ووجهه: أن الموكل إذا علم أن الوكيل لا يحصل المقصود بنفسه في العادة، انصرف الإذن فيه إلى ما جرت به العادة من الاستنابة.

قال: أو لا يتمكن منه؛ لكثرته؛ لما ذكرناه، وقاسه في [بحر][(١)] المذهب على عامل القراض.

والكثرة: بفتح الكاف، وحكي كسرها.

وحكى المتولي وغيره وجه: أنه لا يجوز له التوكيل في هذه الحالة.

وحكى الروياني عن بعض المراوزة: أنه صححه، وغلطه فيه، وقد حكى هذا الوجه - أيضًا - فيما إذا كان الوكيل لا يتولى مثل الموكل فيه بنفسه.

وعلى الصحيح هل يملك التوكيل في جميع ما وكل فيه، أو فيما عجز عن التصرف فيه؟ فيه وجهان: أصحهما في الرافعي: الثاني

ويجيء من مجموع ما ذكرناه ثلاث طرق: إحداها: الجواز فيما لا يقدر على التصرف فيه، وفيما يقدر وجهان.

[والثانية: لا يجوز فيما يقدر[(٢)]، وفيما [لا يقدر][(٣)] عليه وجهان][(٤)].

والثالثة: إجراء الخلاف في الحالتين.

فرع: [قال ابن سريج:][(٥)] إذا وكله في تصرف سماه له، [ثم][(٦)] قال: [قد][(٧)] أذنت لك أن تصنع ما شئت، فهل يكون ذلك إذنًا في التوكيل؟ فيه قولان: في[(٨)] مجموع المحاملي، ووجهان في الشامل وغيره.

قال في البحر: وهو الأصح[(٩)]، والمختار في المرشد منهما المنع.

فرع: إذا وكل بالإذن، فالوكيل الثاني وكيل عمن؟ ينظر:

فإن قال: «وكِّلْ عني»، فهو وكيل عن الموكِّل، لا ينعزل بانعزال الواسطة، ولا عزله.

وإن قال: «عن نفسك»، فالذي حكاه العراقيون عن القاضي أبي الطيب،

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: لا يقدر.
(٣) في أ: يقدر.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: من.
(٩) في جـ، د: أصح.

والماوردي، والشيخ في المهذب، وغيرهم: أنه وكيل عن الوكيل، فله عزله، وينعزل بانعزاله، وللموكل - أيضًا - عزله.

وحكى القاضي الحسين: أنه ينعزل بموته، وجنونه، وهل ينعزل بعزله؟ فيه وجهان: أحدهما: [لا][١]؛ لأنه وكيل في التوكيل دون العزل، والعزل ضده؛ كالوكيل في البيع، لا يملك الإقالة.

وأن طريق الموكل الأول [في عزل الثاني أن يعزل الأول،][٢] فلو عزل الثاني، فهل ينعزل؟ يحتمل وجهين.

وحكى الغزالي مع ما حكيناه عن العراقيين وجهًا آخر: أنه وكيل عن الموكل؛ فعلى هذا يكون حكمه ما ذكرناه أولًا.

وحكى الروياني عنهم [أنه][٣] الأصح، وظاهر مذهب الشافعي.

وفي الوسيط على هذا: إذا مات الواسطة هل ينعزل الأخير؟ فيه وجهان:

فإن قال: «وكل»، وأطلق، فهل [يكون][٤] ذلك كما لو قال: «وكل عني» أو «عن نفسك»؟ فيه وجهان في الحاوي وغيره، وأصحهما [في الرافعي][٥] الأول، وهو الذي حكاه في البحر.

فرع: حيث جوزنا التوكيل بغير الإذن، فينبغي أن يوكل عن موكله، فلو وكل عن نفسه؛ ففيه وجهان [في الرافعي][٦].

تنبيه[٧] حيث جوزنا للوكيل التوكيل، فلا يجوز أن يوكل إلا ثقة[٨] كافيًا فيما يوكِّل فيه، إلا أن يعين له الموكل شخصًا.

وفي البحر في كتاب الوصية [وجه][٩] أنه يجوز أن يوكل الفاسق.

وعلى المذهب: لو وكل عدلًا حيث لا تعيين[١٠] من جهة الموكل، ففسق، فهل [له][١١] عزله دون إذن موكله؟ فيه وجهان في الحاوي وغيره، والمختار في المرشد الجواز، وخص الغزالي محل الوجهين بما إذا قال: «وكل عني».

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) في أ: الرافعي في، و ج: في الرافعي في، وسقط في د.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ج: فرع.
(٨) في ج، د: نفسه.
(٩) سقط في أ، ج.
(١٠) في أ: يتعين.
(١١) سقط في أ.

واستشكل بعضهم وجه جواز العزل؛ فإنه إذا لم يكن [وكيلًا][(١)] عنه، فكيف يقدر على عزله.

قال: وإن وكل اثنين[(٢)]، **لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف**؛ لأنه إنما[(٣)] رضي باجتهادهما دون اجتهاد أحدهما.

قال: **إلا أن يجعل الموكل ذلك إليه**؛ لرضاه بتصرف كل [واحد][(٤)] منهما.

وحكى العراقيون وجهًا فيما إذا وكلهما في حفظ مال: أنه يجوز لأحدهما أن يسلمه إلى الآخر؛ لينفرد بحفظه، ونسبوه إلى ابن سريج.

قال [الإمام][(٥)]: والفرق بين ذلك وبين ما إذا أشرك بينهما في التصرف: أن استحفاظهما[(٦)] مشعر في الظاهر بقيام كل واحد منهما بحق الحفظ لو لم يكن صاحبه حاضرًا، فإن اعتقاد[(٧)] اجتماعهما أبدًا على الحفظ وهو أمر دائم - بعيد، والألفاظ المطلقة تؤخذ من موجب العرف، والتصرفات تقع في أوقات، فليس يتعذر الاجتماع عليهما؛ فلذلك حمل الأمر فيها على الاشتراك، وصدور التصرف عن رأيهما؛ كذا حكاه قبل باب الرهن والحميل.

وما قاله من الفرق منتقض بتوكيلهما[(٨)] في الخصومة؛ فإنه حكى وجهين في أن أحدهما هل له أن يستبد بها، مع أنها تقع في أوقات [لا يتعذر][(٩)] فيها الاجتماع.

ثم على وجه الجواز في [مسألة][(١٠)] التوكيل بالحفظ: لو[(١١)] «أرادا» أن يقسما[(١٢)] ما وكلا في حفظه، وأمكنت قسمته، جاز؛ كما حكاه[(١٣)] القاضي أبو الطيب في الرهن، ونسبه في المهذب إلى [تخريج][(١٤)] ابن سريج، وحكى الإمام معه في أواخر كتاب الرهن [وجهًا آخر:][(١٥)] أن القسمة لا تجوز.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: نفسين.
(٣) في أ: إذا.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: استخصاصهما.
(٧) في أ: اعتاد.
(٨) في أ: بوكيليهما.
(٩) في د: يبعد.
(١٠) سقط في ج، د.
(١١) في أ: أو.
(١٢) في أ، د: يقتسما.
(١٣) في أ: حكى.
(١٤) سقط في د.
(١٥) سقط في ج.

[و][(١)] على وجه الجواز: إذا وقعت القسمة، ثم[(٢)] أراد أحدهما أن يدفع نصيبه إلى صاحبه، هل يجوز؟

قال القاضي أبو الطيب في كتاب الرهن: يحتمل وجهين:

أحدهما: يجوز؛ كما جازت القسمة، وحكى في الشامل هذين الوجهين عن ابن سريج.

والصحيح عند المراوزة؛ كما حكاه الإمام ثَمَّ، وبه جزم أكثر العراقيين هنا - ما دل عليه كلام الشيخ: [أنه][(٣)] لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالحفظ، وإذا مات أحدهما، لم يقُم غيره مقامه؛ بخلاف الوصيين إذا مات أحدهما.

ولو غاب أحد الوكيلين، فأقام الحاضر بينة على وكالتهما، سمعت، وثبتت في حق الغائب تبعًا، فإذا حضر تصرفا جميعًا؛ قاله القاضي أبو الطيب وغيره.

قال: وإن[(٤)] **وكله في البيع، لم يجز**[(٥)] **أن يبيع من نفسه**؛ لأن إطلاق الأمر له لا يقتضي دخوله فيه؛ فلا يملكه.

ولأن البائع عن[(٦)] الغير مأمور[(٧)] بطلب الاستقصاء في الثمن، والمشتري لنفسه طبعه يحثه[(٨)] على أن يسترخص، ويقلل الثمن، وهما متنافيان.

وحكى ابن كج أن القاضي أبا حامد حكى عن الإصطخري وجهًا: أن للوكيل أن يبيع من نفسه [عند][(٩)] حصول[(١٠)] الثمن الذي لو باع [به][(١١)] من غيره؛ لصح[(١٢)].

قال: وقيل: إن نص له على ذلك - جاز؛ نظرًا للعلة الأولى، وصيغته أن يقول: [إن][(١٣)] اخترت أن تشتريه لنفسك من نفسك، فافعل، وهذا قول أبي إسحاق.

وحكى الماوردي أنه من تخريج ابن سريج، قال: وليس بشيء؛ لما في ذلك من اتحاد الموجب والقابل، وإذن الموكل لا ينفي ما ذكرناه من تضاد

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: إذا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: ولو.
(٥) زاد في التنبيه: له.
(٦) في أ: على.
(٧) في جـ: مأمون.
(٨) في أ: يستحقه.
(٩) سقط في أ، د.
(١٠) في د: لحصول.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: غير يصح.
(١٣) سقط في أ.

الغرضين[(١)]؛ فإن غاية الأمر أن يشتريه لنفسه بثمن المثل، وهو متهم بالتساهل في طلب زيادة عليه.

نعم: لو قال [له][(٢)] «بعه من نفسك بكذا» جزمًا اتجه تصحيح البيع [لأن النظر إلى اتحاد الموجب والقابل إنما كان لما يلحقه من التهمة المفضية][(٣)] إلى تضاد الغرضين[(٤)]، ولذلك لما فقدت[(٥)] التهمة في حق الأب والجد، لم يكن الاتحاد مانعًا من الصحة، وهاهنا قد انتفت التهمة بالنص على البيع من نفسه بشيء معلوم؛ فإنه لو نص على البيع من الأجنبي بشيء لا يجوز البيع من غيره مع وجود الزيادة عليه، وقد وجد هذا هاهنا.

وللقائل بعدم الصحة أن ينظر إلى الغالب.

والخلاف المذكور يجري - كما حكاه المتولي - فيما لو وكله في أن يبيع من ولده الصغير.

[و][(٦)] قال صاحب التهذيب: وجب أن[(٧)] يصح؛ لأنه رضي بالنظر للطفل، وترك الاستقصاء، وتولي الطرفين في حق الولد معهود في الجملة، بخلاف ما لو باع من نفسه.

[ويجري - أيضًا - الخلاف فيما لو وكله بالهبة[(٨)]، وأذن له أن يهب من نفسه، أو في أن يستوفي من نفسه][(٩)] ما له عليه من دين، أو قصاص.

وعلى قول المنع: إذا استوفى - سقط الضمان.

قال المحاملي: لأنه يسقط بالشبهة.

وأجري - أيضًا - فيما لو وكل الإمام السارق في قطع يده، أو الزاني ليجلد نفسه، واستبعده الإمام في الزاني؛ لأنه متهم بترك الإيلام، بخلاف القطع.

وأجري - أيضًا - فيما لو وكل السيد عبده في أن يكاتب نفسه على نجمين.

وظاهر المذهب في الكل: المنع.

ولو وكله في أن يبرئ نفسه، فطريقان:

---

(١) في أ: العوضين.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ، د: العوضين.
(٥) في د: تقدمت.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: أن لا.
(٨) في أ: في الهبة.
(٩) سقط في د.

إحداهما: حكاية الخلاف فيه.

والثانية: القطع بالجواز، وذلك مبني على أنه هل يفتقر إلى القبول أم لا؟

فإن افتقر، خرج على الوجهين.

وإن لم يفتقر [جاز](١)، كما يجوز أن يوكله في أن يعفو عن القصاص الواجب عليه، وأن يوكل العبد في عتق نفسه، والزوجة في طلاقها.

قال في البحر: وإذا صح توكيله في إبراء نفسه، احتاج أن يبرئ في الحال، وإن أخره، لم يصح.

وإنه لا فرق في ذلك بين أن يقول: أمرتك أن تبرئ نفسك، أو: وكلتك في أن تبرئ غرمائي، وتبرئ نفسك إن شئت.

ولو وكله في أن يصالح من نفسه، ففيه وجهان في البحر؛ إذا عين له ما يصالح عنه، فلو أطلق لا يجوز أن يصالح إلا على شيء تبلغ قيمته قدر الدين.

ولو قال: [صالح على ما شئت](٢)، يجوز له أن يصالح على كل وجه.

فروع: (٣)

[أحدها:](٤) لو وكل الولد أباه في البيع، هل يجوز له [أن يبيع](٥) من نفسه؛ كما لو استفاد البيع بالولاية أم لا؟

فيه وجهان [في الحاوي](٦)، والمختار منهما في بحر المذهب: المنع.

الثاني: ولو وكل إنسان إنسانًا في البيع، ووكله آخر في شراء ذلك، فهل يجوز أن يتولى الإيجاب والقبول؟

فيه وجهان في تعليق القاضي أبي الطيب وغيره، والمذكور منهما في الحاوي والمهذب: المنع، وهو الذي حكى ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد الجزم به، وقال: إن الطريق الأول أصح؛ فإنه لا يتقاعد عن بيعه من نفسه، وقد حكى فيه الوجهين.

[وقال الماوردي: إن الوكيل لو أراد أن يقيم على وكالته الثانية من بيع أو

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: على شيء.
(٣) في أ: فرع.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

شراء، ويلغي الأولى، هل يجوز؟ يحتمل وجهين][١].

وقد حكى الإمام في باب الرهن والحميل ما يقتضي عكس ذلك؛ فإنه قال: [إذا قال][٢] من عليه الدين لشخصين، وقد وكلا وكيلًا في قبضه: خذ هذا و[٣] ادفعه إلى فلان أحد الموكلين، فقد [اختلف][٤] أصحابنا في هذه المسألة:

منهم من قال: ينعزل الوكيل بالقبض عن حكم ذلك الموكل، وصار وكيلًا للمؤدي.

ومنهم من قال: [لا ينعزل عن التوكيل بالقبض وإن قبل الوكيل.

ثم قال: و][٥] الأفقه الوجه الأول، ولا يشترط فيه تصريح الوكيل بالقبول لما قال من عليه الدين: «ادفع إلى موكلك»، [بل][٦] مجرد قوله: «ادفع» يتضمن: أني[٧] لا أقنع ببدل على حسب ما وكلك صاحبك.

[الثالث:][٨] لو وكل المتداعيان في المخاصمة[٩] شخصًا واحدًا، هل يجوز؟ فيه وجهان، أصحهما المنع.

قال: ويجوز أن يبيع من ابنه - أي: البالغ - ومكاتبه؛ لأن الملك يقع لغيره، والقابل غيره؛ [فهو][١٠] كما لو باع من أجنبي؛ وهذا قول الإصطخري والأصح في الرافعي وغيره.

قال: وقيل: لا يجوز؛ لأنه متهم في حقهما؛ لما له من الشفقة على ولده، والاحتياط له، وتوقع عود المكاتب[١١] إليه؛ ولهذا لا تسمع شهادته لهما؛ كما لا تسمع شهادته لنفسه؛ وهذا قول أبي إسحاق، واختاره في المرشد.

وحكي في البحر: أنه اختيار القاضي أبي الطيب.

وقد أجري هذا الخلاف في البيع من الزوج والزوجة؛ إذا لم تسمع شهادة أحدهما للآخر.

قال في الشامل، والتتمة، والبحر: ولو أذن له [في][١٢] أن يبيع من ولده - جاز بلا خلاف.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: أو.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: أي.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) في أ: الخصومة.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: مكاتبة.
(١٢) سقط في أ.

ولو عين الموكل الثمن للوكيل عند إطلاق الإذن، ففي جواز البيع[(١)] من الابن البالغ، ونحوه وجهان مرتبان على ما إذا لم يعين، وأولى بالجواز؛ صرح به القاضي الحسين.

قال: وإن وكل عبدًا لغيره - [أي: بإذنه][(٢)] - في شراء نفسه له من مولاه، فقد قيل: يجوز؛ كما لو وكله في شراء شيء من غير مولاه بإذنه؛ وهذا هو الأقيس في الشامل، والذي ذكره المراوزة، وجعله الرافعي الأظهر.

قال: وقيل: [لا][(٣)] **يجوز**؛ لأن يد العبد[(٤)] كيد سيده، فكذا[(٥)] قبوله، وإذا كان كذلك، صار السيد كأنه الموجب والقابل، وذلك لا يصح؛ على الأصح.

وهذا الوجه قال الماوردي: إنه مذهب الشافعي.

وحكى البغوي الوجهين في مداينة العبيد، وقال: [إن ظاهر المذهب منهما: الصحة، لأنه][(٦)] لا يحتاج إلى إذن السيد قبل الشراء؛ لأن بيعه لنفسه منه إذن له بالشراء.

وقال القاضي الحسين في باب بيع المكاتب: إن كانت الوكالة بإذن السيد - جاز قولًا واحدًا، وإن كانت بدون إذنه، فوجهان.

والوجهان - [أيضًا][(٧)] - يجريان فيما لو وكله في أن يشتري له من سيده شيئًا غيره، وفيما لو وكل السيد عبده في بيع نفسه؛ كما حكاه الإمام في آخر النهاية، لكنه جعل الأصح فيهما الصحة؛ فإن مأخذ[(٨)] المنع الاتحاد[(٩)]، وهو منتف هاهنا.

[ثم][(١٠)] حيث صححنا توكيل العبد في شراء نفسه من سيده، فصيغة العقد أن يقول: «اشتريت نفسي لموكلي».

فلو أطلق العبد، ونوى موكله، قال ابن الصباغ: إن صدقه السيد على ذلك، كان له مطالبة الموكل.

---

(١) في جـ: المنع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في أ: البائع.
(٥) في جـ: وكذا.
(٦) في أ: ظاهر المذهب منهما الصحة ولإنه، وجـ: إن ظاهرهما الصحة وإنه.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) في أ: ما وجد.
(٩) في أ، جـ: إيجاد.
(١٠) سقط في جـ.

وإن قال: ما اشتريت إلا لنفسي[(١)]، فالقول قول السيد مع يمينه، فيحلف: أنه لا يعلم أنه اشتراه[(٢)] لغيره، ويطالبه، ولم يتعرض لعتقه.

وكلام[(٣)] الإمام يقتضي: أنه يعتق عند إطلاق العقد؛ فإنه [قال:][(٤)] إذا أطلق العقد، وقع عن نفسه دون موكله، وإن نواه؛ لأن قوله: «اشتريت لنفسي»[(٥)] صريح في اقتضاء العتق، فإذا أطلقه، ثم أراد أن يرد الظاهر الدال على العتق، لم يقبل، وعلى ذلك جرى الغزالي.

قال: ولا يجوز للوكيل - أي: في البيع [المطلق][(٦)] - أن يبيع بدون ثمن المثل - أي: بما لا يتغابن بمثله - لأنه توكيل بعقد معاوضة، فوجب أن يقتضي إطلاقه عوض المثل؛ كما لو وكله بالشراء.

وقد وافق الخصم - وهو أبو حنيفة - على أنه لا يلزم الموكل فيها إلا ثمن المثل [إذا عقد به.

ولأن البيع بدون ثمن المثل][(٧)] محاباة، وهي بمنزلة الهبة، ولهذا تعتبر إذا وجدت في المرض من الثلث؛ كما تعتبر الهبة، ثم الوكيل[(٨)] لا يملك هبة جزء من المال، فلذلك لا يجوز محاباته.

أما إذا نقص عنه ما يتغابن بمثله، فلا يضر؛ لجريان العادة بالمسامحة به؛ على أنه لو قيل: نقص[(٩)] ما جرت العادة به، لا يخرجه عن أن يكون ثمن المثل - لم يبعد، ولا يحتاج كلام الشيخ إلى تقييد.

ثم المرجع في ذلك إلى العرف.

قال الروياني: وهو يختلف باختلاف أجناس الأموال من الثياب، والعبيد، وغيرها.

ولا فرق في بطلان البيع بدون ثمن المثل على الجديد [بين][(١٠)] أن يرضى الموكل بصحة البيع به أم لا.

---

(١) في أ: نفسك.
(٢) في أ: ما اشتراه.
(٣) في أ: مطالبة.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: نفسي.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ، جـ: التوكيل.
(٩) زاد في د: عنه.
(١٠) سقط في د.

وعلى القديم - وهو جواز وقف العقود - يكون الموكل بالخيار، وعليه يحمل ما حكاه القاضي أبو حامد [في جامعه][(١)] عن الشافعي: أنه قال: «إذا باع بما[(٢)] لا يتغابن الناس بمثله، كان [له][(٣)] أن يرد البيع»، [كما][(٤)] حكاه القاضي أبو الطيب [في تعليقه][(٥)].

وهكذا[(٦)] الحكم فيما لو وكله بالشراء، فاشترى بأكثر من ثمن المثل، لا يقع العقد للموكل وإن رضي.

وقال الإمام عند الكلام في الكفارة : وقد رأيت لبعض الأصحاب وجهًا في أنه إن رضي [به][(٧)]، جاز على شرط[(٨)] الخيار، ثم قال: «ولست واثقًا بهذا الوجه»؛ وهذا قد حكاه الماوردي عن ابن سريج ها هنا، وأنه لم يطرده في البيع.

ثم على [كل][(٩)] حال إذا لم نصحح بيع الوكيل عند بيعه ما يساوي عشرة بثمانية، وفرض أن القدر[(١٠)] الذي يتغابن به [درهم][(١١)] [من عشرة دراهم][(١٢)]، وقد سلم المبيع - فإن كان باقيًا، استرده الموكل؛ إن اعترف المشتري بأن البائع وكيل، أو قامت عليه بينة، وإلا فهو كما لو تلف؛ فيكون الوكيل ضامنًا، وماذا يضمنه؟ فيه ثلاثة أوجه [حكاها في المهذب أقوالًا][(١٣)]:

أحدها : تمام القيمة.

والثاني : القدر الذي لو باع به ابتداء لصح، وهو تسعة، ويأخذ من المشتري درهمًا.

وقد حكى المتولي هذين الوجهين قولين منصوصين، [نص][(١٤)] عليهما في اللطيف[(١٥)]، وكذلك ابن الصباغ في كتاب الرهن، وقال: إن الأصح[(١٦)]، وبه قال أبو إسحاق: الأول، وجعله البندنيجي المذهب، وهو الذي اختاره في المرشد.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في د: ما.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في أ: وهذا.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: وجه.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في أ: المقدار.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في د.
(١٣) سقط في أ، د.
(١٤) سقط في أ، د.
(١٥) في جـ: الرهن اللطيف.
(١٦) في أ: الصحيح، ود: أن الصحيح.

وما قاله الثاني من أنه[١] لو باع بما يتغابن [بمثله][٢]، لصح؛ فلا يغرم إلا ذلك، يلزمه في حق المشتري - أيضًا - فإن البيع[٣] لو وقع كذلك، لم يلزمه إلا ذلك القدر، وقد وافق على أنه[٤] يلزمه جميع القيمة، وقد قرب الخلاف [من الخلاف][٥] فيما إذا صرف جميع السهم في الزكاة أو الوصية إلى اثنين، هل يغرم للثالث أدنى جزء، أو الثلث؟

والوجه الثالث: [الذي][٦] يضمنه درهم؛ لأنه لم يفرط إلا فيه، ويرجع على المشتري بتسعة؛ وهذا إذا أراد الموكل الرجوع على الوكيل، فلو أراد الرجوع على المشتري - رجع عليه بالقيمة وجهًا واحدًا، وأى قيمة تعتبر؟ قد تقدم بيانها في باب: ما يجوز بيعه.

تنبيه: محل جواز بيع الوكيل بثمن المثل: إذا لم يجد من يبذل زيادة عليه، أما إذا[٧] وجد، فهو كما لو باع بدون ثمن المثل.

وحكى الروياني عن والده في ضمن فرع احتمالًا في هذه الصورة.

ولو باع بثمن المثل، ثم حصل من يزيد، فإن كان بعد اللزوم، فلا أثر لذلك، وإن كان قبل اللزوم، فقد حكى ابن الصباغ وغيره عن الشافعي في كتاب الرهن: أنه قال: «لزمه أن يفسخ العقد، ويبيع بالزيادة، فإن لم يفعل، كان البيع مردودًا»، [«وأن من][٨] الأصحاب» من أجرى النص على ظاهره، ووجهه بأنه مأمور بالاحتياط، وحالة الخيار بمنزلة حالة العقد.

قال المحاملي: ومنهم من قال: [لا يلزمه ذلك][٩]، ولكن الأولى أن يفعل، فإن لم يفعل، لم يبطل الأول؛ لأنه لا يتحقق حصول هذه الزيادة.

والصحيح الأول.

والذى حكاه في الوسيط في كتاب الرهن: أن البيع ينفسخ بمجرد الزيادة من غير أن يجعله مرتبا على امتناع الوكيل من الفسخ؛ وهي[١٠] طريقة الإمام.

---

(١) في أ: وهو أنه.
(٢) سقط في د.
(٣) في جـ: المبيع.
(٤) في جـ، د: عليه أنه.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: لو.
(٨) في د: في.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في جـ: وهذه.

وحكى في كتاب الوكالة: أن في وجوب الفسخ وجهين، فصلناهما في كتاب الرهن.

وحكى الإمام عن شيخه شيئًا يحتاج فهمه[١] إلى ذكر مسألة تجدد العهد بها، وهي إذا باع البائع المبيع في زمن الخيار، فهل يصح، ويكون متضمنًا[٢] لفسخ الأول، أو لا يصح، ولا يكون[٣] فسخًا [للأول][٤]؟ فيه ثلاثة أوجه.

[قال][٥]: فإن قلنا: يصح الثاني، فإن فعله الوكيل، لم يحكم بانفساخ العقد، وإن لم يفعله، أو قلنا: إن الثاني لا يصح، [و][٦] لا بد لصحته من ارتفاع العقد الأول - فلا سبيل إلى الحكم بوجوب إنشاء الفسخ، بل ينفسخ بنفسه.

ثم على الصحيح إذا[٧] لم يفسخ الوكيل، ثم بدا للراغب[٨] في الشراء، نظر: إن [كان][٩] قبل التمكن من البيع منه، تبينا أن الأول لم ينفسخ وإن كان بعده فكذلك عند الصيدلاني؛ كما لو بذل الابن الطاعة للأب، ثم رجع قبل أوان الحج، فإنا نتبين أن لا حج على الأب؛ وهذا ما جعله في الوسيط الأصح.

وعند غير الصيدلاني: أن البيع الأول قد انفسخ [فلا بد من تجديد العقد][١٠].

قال الإمام: وهذا أوجه[١١] وقياسه بين؛ فعلى هذا: هل يتمكن الوكيل من البيع ثانيًا: إما من الأول، أو من غيره؟ فيه وجهان:

وجه الجواز: حمل الوكالة على بيع[١٢] يحصل به المقصود، والأول لم يحصل[١٣] ذلك؛ فكأنه لم يكن.

وقد أجرى الإمام مثل هذا الخلاف قبل[١٤] كتاب السلم فيما إذا وكله ببيع [عبد][١٥] فباعه، ثم رد عليه بالعيب، هل له بيعه [ثانيًا وكذا لو أذن له في البيع بشرط الخيار للمشتري، فباعه كذلك، ففسخ العقد، فهل يجوز للوكيل بيعه][١٦]

---

(١) في د: فيه.
(٢) في ج: مضمونًا.
(٣) في ج: ويكون.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: إن.
(٨) في أ: للراغبة.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في ج: فلا بد من تحديد العقد.
(١١) في أ: وجه.
(١٢) زاد في أ: ما.
(١٣) زاد في د: و.
(١٤) في أ: في.
(١٥) سقط في أ.
(١٦) سقط ف أ، ج.

ثانيًا: فيه وجهان، وإن القفال قربهما من القولين في أن البيع[(١)] بشرط الخيار هل ينقل الملك؟ فإن نقله، فالأشبه أن الوكيل لا يبيع مرة أخرى، وإن لم ينقله، جاز للوكيل البيع ثانيًا.

قال الإمام: والمسألة محتملة على القولين.

والذى جزم به الرافعي ها هنا المنع في الصورتين، وحكى في ضمن فرع حكاه قبل النظر الثالث في حكم العقد قبل القبض في مسألة الخيار:

أنا إن قلنا: الملك للبائع - جاز له البيع ثانيًا، وإن قلنا: [إنه][(٢)] للمشتري، فوجهان؛ كما في الرد بالعيب.

قال: ولا بثمن مؤجل - أي: وإن كان قدر ثمن المثل مؤجلًا - لأن الإطلاق يقتضي النقد؛ لأنه البيع المعتاد في الغالب، وإنما[(٣)] يباع الشيء نسيئة؛ لعلة فساد، أو كساد، ويؤيد ذلك أنه لو قال: «بعتك بكذا»، اقتضى ذلك البيع حالاً.

قال: ولا بغير نقد البلد؛ [لأن نقد البلد][(٤)] هو[(٥)] الذي يقتضيه الإطلاق في البيع، فكذلك في التوكيل.

ولنا: أن نقيس عدم الصحة في الصور الثلاث التي ذكرها الشيخ على الوصي؛ فإنه لا يصح بيعه[(٦)] في حالة منها؛ بجامع ما اشتركا[(٧)] فيه من النيابة، بل نيابة الوصي أقوى؛ بدليل جواز توكيله فيما يقدر عليه عند الجمهور.

وقد ظهر من كلام الشيخ: أن للوكيل أن يبيع بثمن المثل، وبالحال، وبنقد البلد، وإلا لم يكن لتخصيص المنع بهذه الأحوال فائدة.

ولو كان في البلد نقدان، باع بالغالب[(٨)] منهما، فإن استويا في البيع، باع بما شاء منهما، قال في التتمة: على المذهب؛ كما لو قال: بع بأيهما شئت.

ولو [باع][(٩)] بهما جميعًا، فالأصح من الخلاف في النهاية: الصحة.

وقال في التهذيب بعد حكاية جواز البيع بأحد النقدين [عند الاستواء:][(١٠)]

---

(١) في جـ: المبيع.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: إن.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: وهو.
(٦) في أ: البيع.
(٧) في جـ: اشتركنا.
(٨) في أ: بالأغلب.
(٩) في د: قال: بع.
(١٠) سقط في أ.

وجب ألَّا يصح التوكيل إذا لم يبين؛ كما لو باع بدراهم وفي البلد نقدان متساويان.

قال الرافعي: وقد رأيت في كلام [الشيخ][(١)] أبي حامد مثل ما ذكره، وهو ما أشار إليه المتولي.

قال: إلا أن ينص له على ذلك كله - [أي:][(٢)] فيجوز - لأن المنع كان لحقه؛ فزال بإذنه.

ومحل الجواز في البيع مؤجلًا إذا عين له قدر الأجل، أما إذا أطلق، فالمذكور في التهذيب: أنه لا يصح التوكيل.

وحكى في المهذب وغيره مع ذلك وجهًا آخر: أنه يصح، واختاره في المرشد، [وكذلك][(٣)] صححه الرافعي وغيره.

[فعلى هذا يرجع في قدره إلى العرف؛ على أصح الوجوه، فإن لم يكن [ثم][(٤)] عرف، باع بأنفع ما يقدر عليه][(٥)].

وقيل: له أن يؤجل[(٦)] ما شاء.

وقيل: لا يزيد [في][(٧)] الأجل على سنة؛ فإنه الأجل[(٨)] المعتبر شرعًا في الزكاة والجزية.

ويجب على الوكيل إذا باع مؤجلًا بيان الأجل[(٩)]؛ حتى لا يكون مضيعًا لحقه، فإن[(١٠)] امتنع كان متعديًا.

وهل يجب عليه الإشهاد ظاهر كلام [الشيخ و][(١١)] صاحب البحر قبيل كتاب [قسم الفيء][(١٢)] يدل على خلاف فيه؛ فإنه قال: إذا دفع إلى رجل ثوبًا؛ ليبيعه إلى مدة، فباعه، وقلنا: يجب عليه الإشهاد، فلم يشهد، ولكنه أخذ الخط على ما جرت به العادة، وقاضي البلد ممن يرى العمل بالخط، فهل[(١٣)] يضمن؟ يحتمل وجهين.

---

(١) سقط في جـ، د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في د: عرف.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: يفعل.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) زاد في أ: للأجل.
(٩) في جـ، د: المعامل.
(١٠) في د: فلو.
(١١) سقط في جـ، د.
(١٢) في جـ، د: القسم.
(١٣) في أ: هل.

وهذا تخريج بعيد [عندي][١] والمذهب أنه يضمن، ولا يجوز الحكم بالخط بحال. انتهى.

فرع: لو وكله في السلم مطلقًا، فإن أسلم الوكيل مؤجلًا، فهل يصح؟ فيه وجهان. وكذا لو أسلم حالاً[٢].

والخلاف مبنى[٣] على ما لو قال: «أسلمت إليك هذا في كذا» مطلقًا، هل يبطل [العقد][٤]، أم[٥] يصح حالاً؟ وفيه وجهان؛ كذا قاله القاضي الحسين.

تنبيه: ثمن المثل [ما][٦] تنتهي إليه رغبات المشترين على الصحيح من المذهب.

وحكى ابن أبي الدم في أدب القضاء له وجهًا: أن القيمة صفة قائمة بالمتقوم ذاتية، فإن الرغبة تنقص تارة، وتزيد أخرى.

فروع:

[أحدها:][٧] لو قال: «بع بما شئت»، حكى الإمام في كتاب النكاح في أثناء فصول المولى عليها[٨]: أن للوكيل أن يبيع بما عز وهان.

وكلام المتولي في النكاح يوافقه؛ حيث قال: لو قالت: «زوجني بما شئت من المهر»، فزوجها بأقل من مهر المثل - صح، كما لو [قال][٩]: «بع بما شئت».

وكذلك حكاه في البحر في كتاب الشركة[١٠]، وقال [فيما][١١] إذا [قال][١٢] «بع بما ترى»، أو: «تصرف بما ترى»: إنه[١٣] يجوز أن يبيع بما يتغابن الناس بمثله.

وفرق بأنه إذا قال: «بع بما شئت» ظاهره الرضا بمشيئته، وإذا قال: «بع بما ترى» فقد وكله إلى الرأى، والرأى: الاجتهاد.

ثم قال: على أنه إذا قال: «بع بما شئت»، فالحال يدل على أن مراده بما شئت

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: باطلًا.
(٣) في أ: ويبني.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: أو.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ: عليه.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في جـ: الشراء.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في د.
(١٣) زاد في د: لا.

من نقد، أو عرض، وليس المراد: بالغبن[(١)]، والمحاباة، فإن لم تدل قرينة الحال ومقدمة اللفظ على ذلك، فظاهر اللفظ: أنه خيره من جميع الوجوه.

وجزم الرافعي بأنه لا يجوز له في هذه الحالة أن يبيع بالعين، ولا بالنسيئة، ويجوز أن يبيع بغير نقد البلد، وهو ما حكاه المتولي ها هنا، والقاضي الحسين.

ولو قال: «بع بكم شئت» يجوز بالعين ولا يجوز بالنسيئة، وغير نقد البلد.

[ولو قال: «كيف شئت»، فله البيع بالنسيئة، ولا يجوز بالعين، وغير نقد البلد][(٢)].

وعن القاضي الحسين - كما حكاه الرافعي: أنه يجوز الكل.

ولو قال: «بع بما عز وهان» فهو كما لو قال: «بع كيف شئت» [وبكم شئت][(٣)].

وقال[(٤)] العبادي «إنه يجوز بالعين، والعرض،»[(٥)] ولا يجوز بالنسيئة.

قال الرافعي: وهو الأولى.

[و][(٦)] في تعليق القاضي: أنه يجوز أن يبيع بأقل من ثمن المثل.

قال: وإن قال: «بع بألف درهم»، فباع بألف دينار، لم يصح؛ لأن الإذن في جنس لا يتناول غيره، فكان كالمتصرف[(٧)] من غير[(٨)] إذن.

وأبدى في الوجيز في صحة البيع احتمالًا[(٩)].

قال الرافعي: وقد أورد القاضي ابن كج نحوًا منه.

ولا يجوز للوكيل أن يبيع بأقل من ألف، ولو بقيراط؛ كما صرح به الماوردي.

قال: [وإن[(١٠)] **قال: «بع بألف»** - أي: ولم يعين من يبيع منه - فباع بألفين، صح؛ لأن من رضي بألف، فرضاه بألفين أولى. قال:][(١١)] إلا أن ينهاه

---

(١) في د: العين.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج، د.
(٤) في ج: وحكى.
(٥) في أ: يبيع بالعرض والعين، ود: بالبيع بالعرض والعين.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: كالتصرف.
(٨) في د: بغير.
(٩) زاد في أ: فيه.
(١٠) في أ: ولو.
(١١) سقط في د.

- [أي:][١] فلا يصح - لأن النطق أبطل حكم العرف.

وحكى العبادي أن بعض البصريين من أصحابنا لم يجوِّز[٢] البيع بما فوق الألف [وإن لم ينهه؛ لأنه لم يرض بعهدة ما فوق الألف][٣].

وحكى الإمام عن صاحب التقريب رواية وجه: أن البيع يصح بالزيادة [مع [التصريح بالنهي][٤] عنها؛ إذا كانت الزيادة][٥] من الجنس.

وحمله الإمام على ما إذا ظهر أن مراد الموكل: أن الوكيل لا يكد[٦] نفسه، أما إذا صدر من الموكل نص لا يقبل التأويل في منع الزيادة على الألف - فالوجه القطع بأن البيع لا ينفذ.

والمشهور ما في الكتاب، وعليه يطلب الفرق بينه وبين ما إذا وكله في شراء شاة بدينار، فاشترى شاتين تساوي[٧] كل واحدة منهما دينارًا؛ فإن الشراء لا يصح [للموكل؛ على قول][٨] في الشاتين؛ كما سيأتي.

وقد يفرق بينهما بأن الأثمان[٩] مرغوب في تحصيل الزيادة فيها عرفًا وعادة فالاقتصار في الإذن على شيء معين منها، يفهم[١٠] أن القصد به عدم النقص عنه، فإذا زاد عليه، فقد حصل ما هو المقصود عرفًا وعادة، وليس العرف والعادة يشهد بأن من يرغب في شراء شاة يرغب في شاتين؛ حتى يستند التصرف إليهما؛ فوجب الاقتصار على ما دل عليه اللفظ.

وأيضًا: فإن الوكيل بالشراء بائع للثمن، وقد تقرر: أن الوكيل[١١] في البيع لا يجوز له أن يبيع بغير نقد البلد، فضلًا عن العروض؛ لأن العرف لا يقتضيه، فلو صححنا شراء الشاة الزائدة على ما[١٢] أذن فيه، لخالفنا موجب اللفظ، وهو الاقتصار على واحدة، و[١٣] موجب العرف، وهو بغير نقد البلد.

ومما يؤيد ذلك: أن القاضي الحسين حكى القولين المذكورين في الشاتين فيما

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يجز.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: بلد.
(٧) في د: تسوى.
(٨) في جـ: قول للموكل.
(٩) في أ: الأعيان.
(١٠) في أ: ففهم.
(١١) في أ: الموكل.
(١٢) زاد في أ: إذا.
(١٣) زاد في د: هو.

إذا وكله في البيع [بسلعة، فباع][1] بسلعة وحمار، وجزم بالصحة فيما إذا باع بسلعة ومائة درهم من نقد البلد.

فرع: هل يجوز للوكيل - والحالة هذه - البيع بالألف مع وجود من يرغب بزيادة؟ فيه وجهان في التتمة وغيرها، والذى يظهر ترجيح المنع[2].

وفي بحر المذهب: أنه لو قال: «بع بثمن مثله»، وكان[3] ثمن المثل[4] ألفًا، فباع به مع وجود من يرغب بألفين: أنه يصح، ولم يحك[5] سواه؛ وهذا نظير وجه الجواز فيما نحن فيه.

أما إذا أذن له في البيع بألف من شخص، لا يجوز أن يبيع منه [بزيادة عليها؛ لأنه قد يقصد محاباته؛ فلا يفوت عليه ذلك][6].

فإن قيل: لو قال: «اشتر هذا العبد من فلان بمائة»، جاز أن يشتريه منه بما دونها؛ كما صرح به المتولي وإن كان[7] ما ذكرتموه موجودًا فيه.

قلت: قد[8] فرق الماوردي بينهما: بأن الوكيل في البيع غير موكل في قبض القدر الزائد [على الألف][9] فلذلك امتنع البيع بالزيادة، والوكيل في الشراء مأمور بدفع الزيادة، ودفع الوكيل البعض جائز؛ فلذلك جاز شراؤه بأقل مما عين.

وما قاله يبطل بما إذا[10] كان وكيلًا في البيع دون قبض[11] الثمن؛ فإنه لا يجوز أن يبيع بأكثر من المائة مع انتفاء ما ذكره، وبما[12] لو قال: «بع بمائة» ولم يعين المبيع منه؛ فإنه يجوز له قبض الزيادة إذا جاز له قبض الثمن.

والذى يظهر من الفرق أن البيع لما كان [ممكنًا من المعين][13] ومن غيره،

---

(١) سقط في د.

(٢) قوله: فرع: هل يجوز للوكيل البيع بالألف المأذون بالبيع بها مع من يرغب بزيادة؟ فيه وجهان في «التتمة» وغيرها، والذي يظهر: ترجيح المنع. انتهى كلامه.
وظاهره أنه لم يقف فيه على ترجيح؛ فإن الرافعي لم يرجح في «الكبير» شيئًا، والراجح المنع كما ذكره المصنف بحثًا؛ فقد رجحه الرافعي في «الشرح الصغير» فقال: إنه الأشبه. والنووي في «زيادات الروضة» فقال: إنه الأصح. [أ و].

(٣) في أ: فكان.

(٤) في جـ: مثله.

(٥) في جـ، د: نجد.

(٦) سقط في جـ.

(٧) في أ: وإن كل.

(٨) في أ: وقد.

(٩) سقط في جـ.

(١٠) في أ، د: لو.

(١١) في أ، د: القبض.

(١٢) في أ: وما.

(١٣) سقط في جـ.

كان في التنصيص عليه دليل على مراعاته؛ فلذلك امتنعت الزيادة، ولما لم يمكن شراء العبد المعين من غير المذكور، ضعف أن يكون التخصيص بالذكر دالاً على مراعاته؛ فإنه كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون لأجل[١] التعريف.

وبالجملة[٢]: فالذى يظهر لى في مسألة التوكيل[٣] في الشراء تفصيل استنبطته[٤] من كلام الأصحاب في مسألة سأذكرها في أواخر باب الوصية، وهو أن يقال: إن كان [ما][٥] قدره الموكل قدر [ثمن المثل][٦]، أو أقل، فيجوز أن يشتريه بأقل من ذلك؛ لأن القرينة دلت على عدم مراعاة المحاباة.

وإن كان أكثر من ثمن المثل، فقصده المحاباة ظاهر، فلا يجوز تفويته.

ومثل هذا متجه[٧] في مسألة التوكيل في البيع، فيقال: إن كان ما قدره الموكل قدر ثمن المثل، فيجوز أن يبيع منه [بأكثر منه][٨]، ومن طريق الأولى إذا كان المقدر أكثر من ثمن المثل، وإن كان أقل من ثمن المثل، فلا [تجوز الزيادة][٩] عليه.

فرع: لو قال: «بع بمائة، ولا تبع بمائة وخمسين»، فله البيع بما فوق المائة [و][١٠] دون «المائة والخمسين»[١١]، ولا يبيع بمائة وخمسين، وفيما فوقها وجهان:

أصحهما: المنع. قال: وإن قال: «بع بألف»، فباع بألف وثوب، فقد قيل: يجوز؛ كما لو باع[١٢] بألف وزيادة من ذلك الجنس؛ فإنه زاده خيرًا؛ وهذا هو الأصح في الجيلي.

قال: وقيل: لا يجوز؛ لأن الدراهم والثوب تتقسط على المبيع فما[١٣] قابل الثوب [مبيع، وهو خلاف إذنه؛ وعلى هذا يبطل العقد فيما يقابل الثوب][١٤]، وهل يبطل فيما يقابل الدراهم؟ فيه قولا تفريق الصفقة، فإذا صح: لا يثبت للبائع

---

(١) في أ: الأصل.
(٢) في أ: ومن الجملة.
(٣) في أ: الوكيل.
(٤) في جـ، د: استنبطه.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: الثمن.
(٧) في أ: يتجه.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) في أ، د: يزيد.
(١٠) سقط في أ، جـ.
(١١) في أ: مائة وخمسين.
(١٢) في أ: باعه.
(١٣) في أ: فيما.
(١٤) سقط في أ.

خيار؛ لأنه رضي ببيع جميعه بالألف، فأولى إذا حصل بيع بعضه بها، ويثبت للمشترى الخيار.

وفي الشامل والتتمة: أن أبا العباس حكى فيه وجهًا آخر: أنه لا خيار له إذا علم بأنه للموكل؛ لأنه دخل على ذلك.

قال ابن الصباغ: وليس بشيء؛ لأن الاعتبار بمقتضى العقد، والعقد اقتضى أن يكون [العقد][1] صفقة واحدة.

وحكى البندنيجي والمحاملي عن ابن سريج وجهًا ثالثًا: أن المشتري إن قال: علمت أنه لموكله، غير أنى اعتمدت أن لى الخيار، أو: قلت: إن بيع وكيله ينفذ عليه - فله الخيار؛ لأنه دخل على هذا، وإن لم يكن كذلك، لم يكن له الخيار.

فرع: [لو قال: «بع[2] بألف» «فـ][3] باع بألف» ودينار، قال ابن الصباغ: صح. ولم يحك فيه خلافًا وإن[4] كان حكاه في مسألة الكتاب.

والقياس يقتضي طرده، وهو ما حكاه المتولي عن ابن سريج.

وحكى البندنيجي عن ابن سريج أنه صحح البيع فيها؛ تفريعًا على القول الصحيح فيما إذا وكله في شراء شاة بدينار، فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما دينارًا: أن الشاتين للموكل.

وأنه حكى فيما إذا باع بألف وثوب، أو بألف وعبد: أن في صحة البيع فيما يقابل الثوب والعبد قولين:

أحدهما: يصح، كما لو باع بألف ودينار؛ لأنه امتثل الإذن لفظًا في الألف، والعرف في الزيادة.

والثاني: [يبطل][5]؛ لأن الثوب ليس من الأثمان في [العادة، والدينار][6] ثمن في العادة.

ومن هذا يظهر أن محل هذا إذا كان الدينار[7] من نقد البلد، أما إذا لم يكن، فهو كالعرض[8]، وقد صرح بذلك القاضي الحسين في تعليقه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لو باع.
(٣) سقط في د.
(٤) في جـ، د: فإن.
(٥) سقط في أ، وفي د: باطل.
(٦) في أ: العبادة، والدنانير.
(٧) في أ: الدنانير.
(٨) في جـ: كالعروض.

قال: وإن قال: «بع بألف مؤجل» - أي: وعين المدة، أو لم يعينها، وصححنا ذلك - فباع بألف حال، جاز؛ لأنه زاد خيرًا.

قال: إلا أن ينهاه - أي: فلا يجوز - [لما مضى][١]، أو كان [الثمن مما يستضر بحفظه في الحال - أي: مثل أن كان في وقت لا يؤمن فيه النهب والسرقة أو][٢] كان لحفظه مؤنة في الحال.

ووجهه: ما في ذلك من الإضرار بالموكل المنفى بالشرع.

وقيل: لا يجوز البيع بثمن حال وإن انتفى ما ذكرناه.

قال الماوردي: وهذا غير صحيح.

وقال المتولي: إن أصل المسألة إذا كان عليه دين مؤجل فجاء به قبل محله، هل يلزمه قبوله أم لا؟ وهذا الخلاف [يجري][٣] فيما لو قال: «بع بألف إلى شهرين»، فباع به إلى شهر.

ولا يخفى مما تقدم: أن محل هذا إذا لم يعين [له][٤] من يبيع منه، أما لو قال: «بع من زيد بألف إلى شهر»، فباع منه بألف حال، فإن لم نجوز البيع عند الإطلاق لذلك فهاهنا أولى؛ وإن جوزناه، فقياس ما تقدم: أنه لا يجوز أيضًا.

وقد حكى الإمام في الصحة وجهين.

قال: وإن قال: «اشتر بألف حال».

أي: شيئًا عينه له، فاشترى بألف مؤجل، جاز؛ لأنه زاده خيرًا.

قال: إلا أن ينهاه، [أي:][٥] فلا يجوز؛ لما ذكرناه.

وفي معنى النهي أن يكون [الثمن][٦] حاضرًا ولا يأمن عليه إذا لم يسلمه؛ كما صرح به أبو الطيب.

قال: وقيل: لا يجوز؛ لأنه ربما يخاف هلاك المال، وبقاء الدين في ذمته.

قال ابن الصباغ: وقول المنع عند عدم النهي وغيره لا يتصور إلا في الأشياء التي لا يجبر صاحبها إذا كانت [مؤجلة][٧] على أخذها في الحال.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د. وزاد في أ: كان.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) سقط في أ.

وهكذا الحكم فيما لو أذن له في الشراء مطلقًا، فاشترى [بنسيئة[1] ما يساوي حالاً، أو أذن في الشراء إلى شهر، فاشترى][2] إلى شهرين؛ كما صرح به الماوردي.

فائدة: الصورة المتفق عليها في شراء الوكيل لموكله بصيغة السفارة: أن يقول: «اشتريت منك[3] هذا لموكلي»، فيقول: «بعتك».

فلو قال ابتداء: «بعتك هذا بكذا»، فقال: «اشتريت لموكلي»، وسماه - ففي صحة العقد للموكل وجهان منقولان في التهذيب، والتتمة، قدمت حكايتهما في باب ما يجوز بيعه عند الكلام في شراء الكافر العبد المسلم.

ووجه المنع: [أنه][4] ما أوجب له.

ولو قال: «بعتك لنفسك، وإن كنت تشتريه لغيرك[5]، فلا أبيعه لك»، فاشتراه للغير - لم يصح.

ولو وجد هذا الشرط قبل العقد، ثم قال له: «بعتك»، فقبل، ونوى موكله - صح على الأصح.

وفيه وجه حكاه في البحر؛ بناء على [أن][6] الشرط السابق كالمقارن.

ولو قال: [بعت موكلك][7]، فقال الوكيل: «قبلت له» - لم يصح عند الشيخ أبي بكر، والقاضي الحسين؛ [كما][8] حكاه في التعليق، وهو الذي اختاره الإمام، وجعله الرافعي ظاهر المذهب.

وحكى الشيخ أبو محمد [فيه][9] وجهين، وأيَّد وجه الصحة بالنكاح.

والفرق بينهما ستقف عليه في أول كتاب النكاح من هذا الشرح.

ولو قال: «بعتُك»، فقال: «اشتريت»، ونوى موكله، صح؛ بخلاف ما لو قال: «وهبت منك»، فقال: «قبلت»، ونوى موكله؛ فإن الهبة تقع للوكيل، ولا تنصرف إلى الموكل؛ لأن الواهب قد يقصد بالتبرع عينه، وما كل أحد يسمح بالتبرع عليه،

---

(١) في د: نسيئة.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: مثل.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ، د: لغيري.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: بعتك موكلك.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.

ويخالف الشراء؛ لأن المقصود منه حصول العوض.

فإن أراد أن يقبل لموكله، يُسميه في العقد؛ كذا حكاه الرافعي عن فتاوى القفال.

ثم إذا صح البيع للموكل، نُظِر:

إن كان مع التصريح بالسفارة، فالمذهب أن الملك يقع للموكل ابتداء.

[وإلَّم يصرح، ولكن نواه، فهل يقع الملك للوكيل ابتداء، ثم ينتقل إلى الموكل، أو يقع للموكل ابتداء][1]؟ فيه وجهان؛ كذا رتبه القاضي الحسين في تعليقه.

وغيره أسند الوجهين إلى ابن سريج.

والصحيح والمشهور في كتب العراقيين: أن الملك يقع للموكل ابتداء؛ كما لو اشترى الأب شيئًا لطفله.

ولأنه لو ثبت الملك فيه للوكيل، لعتق عليه قريبه إذا اشتراه[2] بالوكالة.

قال: وإن قال: اشتر عبدًا بمائة، فاشترى عبدًا يساوي مائة بما دون المائة - جاز؛ لأنه زاده خيرًا.

وحكى صاحب البحر وجهًا في هذه الحالة: أن الموكل بالخيار في قبول هذا الشراء ورده، وقال[3]: إنه ليس بمشهور.

ثم محل الجواز على المشهور إذا لم ينهه، أما إذا نهاه عن النقص، فقد حكى الإمام في نفوذ الشراء للموكل الوجهين اللذين ذكرناهما فيما إذا باع الوكيل بأكثر مما أذن له في البيع به، وقد نهاه عن الزيادة عليه، ونسبهما الماوردي في كتاب الوديعة إلى أبي إسحاق المروزي، وستقف على أصلهما فيه.

ولو قال: «اشتر بمائة، ولا تشتر بخمسين»، [جاز أن يشتري بمائة وبما بين خمسين ومائة، ولا يجوز أن يشتري بخمسين][4]، وهل[5] يجوز أن يشتري بما دونها؟ فيه وجهان في الطريقين، وقد تقدم مثلهما في طرق[6] البيع.

قال: وإن قال: اشتر عبدًا بمائة، فاشترى عبدًا بمائتين، وهو يساوي المائتين -

---

(١) سقط في د.

(٢) في أ: اشتراها.

(٣) في أ: ثم.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ، د: فهل.

(٦) في أ: طرف.

لم يجز؛ لمخالفته الإذن والعرف، وهكذا الحكم فيما لو اشترى عبدًا بما دون المائة، وهو لا يساوي المائة.

وفي المهذب[(١)] وغيره فيما إذا اشترى الوكيل بزيادة على ما أذن [له][(٢)] فيه الموكل، عن ابن سريج: أن الشراء يصح للموكل بالقدر المأذون فيه، والوكيل ضامن للزيادة من ماله، وعليه غرمها للبائع؛ لأنه يصير بمجاوزته القدر المعين متطوعًا بها.

قال الماوردي: وهو خطأ؛ لأن الزيادة من جملة الثمن الذي [لزم بالعقد][(٣)]، فلم يجز أن ينتقض حكمه، ولو جاز أن تكون الزيادة بقدر المغابنة في البيع مضمونة على [الوكيل مع صحة الشراء للموكل، لكان النقصان بقدر المغابنة في البيع مضمونًا على الوكيل][(٤)] مع لزوم البيع للموكل، وهذا مما لا يرتكبه أبو العباس في البيع؛ فبطل مذهبه في الشراء.

وأيضًا: فإنه وافق على أنه لو قال: «اشتر [لي][(٥)] سالمًا»، فاشتراه بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن به[(٦)] أن البيع باطل.

وقد فرق - عن ابن سريج - بين الشراء والبيع بأنه إذا اشترى بأكثر مما أذن [له][(٧)] فيه، فقد وافق العقد المأذون فيه مع زيادة التزمها الوكيل بقوله: «اشتريت»، فإن من اشترى بمائة وخمسين - [مثلًا][(٨)] - فقد اشترى بمائة؛ [حتى قال][(٩)] بعض أصحابنا: لا يكون كاذبًا[(١٠)] فيما إذا أخبر أنه اشترى بمائة؛ كما ذكرناه في المرابحة، ومن باع بتسعين، لم يبع بمائة أصلًا، ولا في لفظه ما يتضمن التزام القدر الزائد؛ فلذلك لم يصح بيعه.

قال: وإن دفع إليه ألفًا، وقال: ابتع بعينها عبدًا، فابتاع في ذمته - لم يصح؛ لأن في ذلك إلزام[(١١)] ذمة الموكل ما لم يأذن فيه، وهل يقع العقد للوكيل؟

نظر: إن لم يصرح بالسفارة، وقع له، وإن صرح فوجهان، أظهرهما الوقوع.

---

(١) في أ: التهذيب.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في أ: لزم به العقد.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) سقط في أ.
(٦) زاد في أ: مثله.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في د: كما ذكره.
(١٠) في جـ: كافيًا.
(١١) في د: التزام.

قال: وإن قال: «ابتع في ذمتك، وانقد الألف فيه»، فابتاع بعينها، فقد قيل[(١)] يصح؛ لأن ذلك أقل غررًا، فقد زاده خيرًا؛ وهذا قول أبي علي في إفصاحه، وهو الصحيح في بحر المذهب.

[قال][(٢)]: وقيل: لا يصح - أي: للموكل؛ [للمخالفة؛ لأنه][(٣)] أمره بعقد [يلزمه][(٤)] مع بقاء [المدفوع][(٥)] وتلفه، فعقد عقدًا يلزم مع بقاء المدفوع دون تلفه؛ وهذا اختيار الشيخ أبي حامد، وهو الصحيح في النهاية وغيرها، والمذكور في المرشد.

وكما لا يصح للموكل لا يصح للوكيل؛ لأنه وقع بعين ماله.

نعم: لو كذبه البائع في أنه اشترى لغيره، فسنذكر حكمه فيما إذا قال: «أذنت لك في الشراء بعشرة»، فقال: «بل بعشرين».

ولو دفع إليه الألف، وقال: «اشتر بهذا الثمن عبدًا»، ولم يقل: «بعينه»، و«لا في الذمة» - فوجهان:

أحدهما - وهو قول أبي علي الطبري-: أن مقتضاه الشراء بعينها، [وقد تقدم حكمه.

والثاني: [أنه][(٦)] يجوز أن يشتري بعينها][(٧)]، وفي الذمة، وينقد الألف، وهو ما اختاره في المرشد، ورجحه الرافعي[(٨)].

---

(١) في ج: قال.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في أ.
(٨) قوله: ولو دفع إليه ألفًا، وقال: اشتر بهذا الثمن عبدًا ولم يقل: بعينه، ولا: في الذمة - فوجهان. أحدهما - وهو قول أبي علي الطبري في «إفصاحه»-: أن مقتضاه الشراء بعينها [وقد تقدم حكمه والثاني: أنه يجوز أن يشترى بعينها] وفي الذمة، وينقد الألف، وهو ما اختاره في «المرشد»، ورجحه الرافعي. انتهى كلامه.
وما ذكره من حكاية وجهين مع الإشارة إلى الشراء بالألف، وأن الرافعي وصاحب «المرشد» صححا وجه التخيير - غلط؛ فإنهما لم يذكرا هذه المسألة، والمنقول فيها: أنه يتعين الشراء بالعين على وفق ما نقله المصنف عن «الإفصاح»، كذا صرح به الإمام في الكلام على ما إذا دفع إلى إنسان دراهم، وقال: اشتر لي بها طعامًا، ونقله المصنف عنه فيما إذا وكله في شراء شاة، فاشترى شاتين، وذكر معه الوهم الذي ذكره هاهنا، والمذكور في «الرافعي» و«المرشد»: ما إذا وكل وسلم الألف؛ فإن الرافعي قال: ولو سلمه إليه، وقال: اشتر كذا، ولم يقل: بعينه، ولا قال: في الذمة - فوجهان، أحدهما: أنه كما =

فرع: لو اشترى في الذمة، ثم تلف [الألف](١) قبل أن يقبضه البائع؛ ففيه وجهان [حكاهما](٢) في التتمة:

أحدهما: أن العقد ينقلب إلى الوكيل.

والثاني: أنه يبقى على ما كان، ويطالب المشتري بالثمن، وهكذا الحكم في صحة العقد للموكل أو(٣) للوكيل إذا تلف الألف قبل العقد؛ كما صرح به القاضي الحسين.

فرع: إذا قال لوكيله: «ابتع لي من مالك عشرة أقفزة حنطة بمائة درهم»، جاز، ثم لأصحابنا وجهان، حكاهما الصيمري:

أحدهما: أن ذلك قرض فيه وكالة؛ فعلى هذا لو لم يعيّن الثمن - لم يصح؛ لأن قرض المجهول لا يصح.

والثاني: أنه عقد وكالة فيه(٤) قرض؛ فعلى هذا لو لم ينص على قدر الثمن - جاز؛ كذا حكاه الماوردي، وبنى على الوجهين ما إذا قال [لغيره: قد](٥) أقرضتك ألفًا على [أن](٦) ما رزق الله من ربح فهو بيننا نصفان: فعلى الأول، يكون ضامنًا للمال إذا قبضه، وله الربح دون المقرض(٧).

وعلى الثاني يكون مضاربة فاسدة؛ فلا يكون عليه ضمان، والربح لرب المال، وللعامل أجرة المثل.

وفي [بحر](٨) المذهب حكاية عن القاضي أبي حامد: أن العقد لا يصح

= لو قال: اشتر بعينه؛ لأن قرينة التسليم تشعر به، وأظهرهما: أن الوكيل يتخير بين أن يشتري بعينه أو في الذمة؛ لأنه على التقديرين يكون إتيانا لمأمور، ويجوز أن يكون غرضه من تسليمه إليه مجرد انصرافه إلى ثمن ذلك الشيء. هذا كلام الرافعي، والعجب من فهم ابن الرفعة ذلك مع التعليل بقرينة التسليم! نعم، ذكر - أعني الرافعي - فيما إذا دفع إليه دينارًا، وقال: اشتر به شاة - أنه يصح الشراء بعينه وفي الذمة، ثم ينقده. وهذا التصوير كأنه لم يقع عن قصد، وأما ابن عصرون فقال في «المرشد»: وإن دفع إليه ألفا، وقال: اشتر عبدًا، ولم يقل: بعينها - فله أن يشتري بعينها، وله أن يشتري في الذمة وينقدها فيه؛ عملًا بمطلق الإذن. هذا لفظه نقلته من النسخة التي كانت ملكًا للمصنف - أعني ابن الرفعة - وعليها خطه. [أ و].

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج، د.
(٣) في أ: و.
(٤) في أ: فله.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: القرض.
(٨) سقط في أ.

للموكل. وإن صرح بلفظ الطلب والإقراض، وقد حكاه في الوسيط في كتاب القراض وجهًا.

فائدة: الوكيل بالشراء هل يطالب بالثمن، أو الموكل، أوهما؟ ينظر [فيه][(١)]: فإن كان الشراء بثمن معين، وهو في يد الوكيل - طولب به، وإلا فلا.

وإن كان بثمن في الذمة، [نُظِر][(٢)]: فإن سلم إلى الوكيل، وأذن له في صرفه إلى الثمن - كما حكاه الشيخ - فالوكيل مطالب به، وهل يطالب به الموكل؟ حكى الإمام في باب العبد المأذون عن الأصحاب طريقين:

أحدهما: أن فيه خلافًا؛ كما في مطالبة [المقارض[(٣)].

والثاني: القطع بالمطالبة، وادعى أن القياس الأول.

وإن لم يسلم الثمن إلى الوكيل، ولم يصدقه][(٤)] البائع في دعوى الوكالة - فالقول قوله، ويتعين مطالبة الوكيل، وإن صدقه في نية الشراء لموكله، أو كان قد صرح بالسفارة؛ ففي مجموع المحاملي والشامل: أن الثمن يثبت في ذمة الموكل[(٥)]، والوكيل ضامن له، ولم يحك القاضي أبو الطيب عند تصريح الوكيل بالسفارة سواه، واختاره في المرشد.

وحكى ابن الصباغ والمحاملي عن ابن سريج في صورة التصريح والنية: أنه قال: يحتمل وجهين آخرين:

أحدهما: أن الثمن يكون في ذمة[(٦)] [الوكيل، ولا يثبت [في ذمة][(٧)] [الموكل شيء منه، ويجري ذلك مجرى الحوالة على من لا دَين عليه، وإذا دفعه الوكيل][(٨)] ثبت[(٩)] له الرجوع على الموكل.

والثاني: أنه يثبت للوكيل في ذمة الموكل.

قال الرافعي: وهذا بناء على أن العقد يقع للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل، فعلى [الثاني][(١٠)] [للبائع][(١١)] مطالبة الوكيل والموكل][(١٢)] وعلى الأول[(١٣)] لا يطالب

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: القارض.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج: أو.
(٦) في د: ذمته.
(٧) سقط في ج، د.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: ولا يثبت.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في أ، د.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ، ج: وعلى الثاني.

إلا الوكيل، وليس للوكيل مطالبة الموكل قبل الغرم.

قال الرافعي: وهو[١] الأصح؛ كما قلنا في المحال عليه؛ وهذا ما جزم به [ابن][٢] الصباغ، والمحاملي.

وإذا غرم رجع على الموكل، وليس له حبس المبيع عن الموكل إلى أن يقبض الثمن منه[٣] على المذهب.

وفي التتمة حكاية وجه: أن له حق الحبس؛ بناء على أن الملك يقع للوكيل ابتداء، ثم ينتقل [إلى الموكل][٤].

ولو أبرأ البائع الوكيل من الثمن - فاز الموكل بالمبيع بلا غرم على هذا الوجه الذي عليه نفرع.

قال ابن الصباغ والمحاملي: وعلى هذا الوجه قال ابن سريج: لو قال: «بع فلانًا عينًا بألف في ذمتي، وعليَّ»، فإذا باعه، ثبت في ذمة «القابل»[٥] دون المشتري، فإذا غرم، لم يرجع؛ إن دفع بغير إذنه؛ لأنه متطوع؛ قاله المحاملي.

وعلى الثالث لا يملك البائع مطالبة الموكل، و[٦]يملكها الوكيل، وإن لم يغرم بعد؛ كما صرح به في المهذب.

وكذلك لو أبرئ منه؛ كما صرح به الماوردي؛ هذا [هو][٧] المشهور في طريقة العراق، وإطلاقهم جواز رجوع الوكيل على الموكل بالغرم[٨] على الوجه الثاني؛ تفريعًا منهم على أن الإذن في الشراء إذن في الأداء والرجوع؛ كما حكيته عنهم في باب الضمان، وقد حكوا ثَمَّ مع هذا شيئًا آخر، فليطلب منه.

وقد حكى المتولي هاهنا: أن المذهب القطع بالرجوع، وإلا خرج المبيع[٩] عن أن يكون مملوكًا للموكل بالعوض[١٠]، وفي ذلك تغيير[١١] لوضع العقد، وهذا بعينه حكاه الإمام هاهنا، وفي كتاب الخلع والرهن.

وحاصل ما ذكرناه: أن الوكيل مطالب من جهة البائع على الأوجه الثلاثة،

---

(١) في أ، د: على.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: عنه.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) في أ: القاتل.
(٦) زاد في أ: لم.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ، د: بعد الغرم.
(٩) في د: المنع.
(١٠) في جـ: بالقرض.
(١١) في أ، جـ: تعيين.

والموكل معه على الأول منها.

والذي حكاه الماوردي: أن الوكيل إن صرح بالسفارة، كان الثمن في ذمة الموكل، وهل [يكون][1] الوكيل ضامنًا له؟ فيه وجهان حكاهما ابن سريج.

[وإن لم يصرح، بل نوى موكله، فالوكيل ضامن للثمن وهل يصير الثمن واجبًا على الموكل بالعقد؟ فيه وجهان حكاهما ابن سريج][2].

فإن قلنا: لا يجب عليه، فهل يستحق الوكيل على الموكل الثمن قبل أدائه عنه؟ فيه وجهان.

ومما[3] قاله يحصل وجه رابع مضاف إلى الأوجه الثلاثة: أن الوكيل إذا صرح بالسفارة لا يطالب[4]، وقد حكاه المتولي، وصححه.

والذي حكاه الإمام هاهنا عن ابن سريج فيما إذا لم يصرح بالسفارة ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو الذي رجحه -، وكذلك البغوي: أن للبائع مطالبة من شاء منهما.

والثاني: أنه لا يطالب إلا الوكيل، وهو المرجح[5] في الوجيز، وفي الرافعي عند الكلام في خلع الأجنبي: أنه الأظهر.

والثالث: لا يطالب إلا الموكل، وهذا ما حكاه القاضي الحسين عن المراوزة، وإذا انضاف إلى ما ذكرناه، صار وجهًا خامسًا.

وقد قال الإمام في كتاب الرهن: إن الموكل[6] مطالب، ولم يختلف فيه أصحابنا، وكذا قال في[7] [فصل: اختلاع][8] الأمة.

وقال في باب تعجيل الصدقة: إن الوكيل إذا أضاف العقد إلى موكله - لم يتعلق به الضمان أصلًا من جهة أنه لم يضف العقد إلى نفسه، وهو الملتزم؛ فلم يتضمن اللفظ إلزام شيء، وهذا يوافقه قوله في باب العبد المأذون:

واختلف الأصحاب في أن الوكيل [بالشراء][9]، هل يطالب بالثمن[10] إذا

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وفيما.
(٤) في أ: يطالبه.
(٥) في د: الراجح.
(٦) في أ: الوكيل.
(٧) في د: قبل.
(٨) في جـ: اختلاف.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: بالدين.

أضاف العقد[(١)] إلى نفسه، ولم يعقد العقد على صيغة[(٢)] السفارة؟.

فرع: الوكيل بالاستقراض [إن صرح بالسفارة][(٣)]، لم يطالب، والمطالب الموكل، وإن لم يصرح، بل نوى، وعلم [المقرض][(٤)]: أنه وكيل، فهل يطالب؟ حكى الإمام في [باب][(٥)] تعجيل الصدقة: أن من أصحابنا من قال: يطالبه؛ كما يطالب الوكيل بالشراء، [وهو ظاهر المذهب في الوكيل بالشراء][(٦)].

ومنهم من قال: لا يطالب الوكيل بالاستقراض وإن طالب الوكيل بالشراء، والفرق: أن الوكيل [في الشراء][(٧)] يقول: اشتريت، وهذه الكلمة في وضعها ملزمة؛ فيجب الجريان على موجبها، وأما الوكيل بالاستقراض، فلم يصدر منه ما يقتضي الضمان.

فرع: قال الماوردي: أبو الطفل، وولي اليتيم إذا لم يذكرا في العقد اسم الطفل، كانا ضامنين للثمن، ولا يضمنه الطفل في ذمته وينقدان[(٨)] ذلك من ماله.

وإن ذكراه في العقد، لم يلزمهما ضمان الثمن[(٩)]، بخلاف الوكيل في أحد الوجهين.

والفرق: أن شراء[(١٠)] الولي لازم للمولى[(١١)] عليه بغير إذنه، فلم يلزم [الولي][(١٢)] ضمانه، وشراء الوكيل يلزم بإذن موكله، فلزم[(١٣)] الوكيل ضمانه.

قال: **وإن قال: بع بيعًا فاسدًا**، أي: مثل: أن قال: «بع إلى مقدم الحاج، وإدراك الزرع»، أو: بشرط ألاَّ تُسلِّم، ونحو ذلك.

قال: **فباع بيعًا صحيحًا أو فاسدًا[(١٤)] - لم يصح[(١٥)]**:

أما الفاسد؛ فلأن الشرع لم يأذن فيه.

وأما الصحيح؛ فلأن الموكل لم يأذن فيه.

---

(١) في أ، د: الشراء.
(٢) في أ: صفة.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ: بالشراء.
(٨) في أ، د: نقدًا.
(٩) في د: التلف.
(١٠) في جـ: مشتري.
(١١) في أ: للعقد.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: فيلزم.
(١٤) في التنبيه: فاسدًا أو صحيحًا.
(١٥) في التنبيه: لم يجز.

ولأنه توكيل في بيع فاسد، فوجب ألاَّ يملك به الصحيح؛ أصله: [ما][(١)] إذا وكله في البيع بخمر، أو خنزير، أو ميتة، فباع بالدراهم[(٢)] والدنانير.

قال: **وإن قال: اشتر بهذا الدينار شاة** - أي: موصوفة - **فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما دينارًا** - أي: بالصفة كما أمره به - **كان الجميع له** - أي: للموكل - لما روي أنه ﷺ[(٣)] دفع إلى عروة بن الجعد البارقي دينارًا؛ ليبتاع به شاة، فاشترى شاتين، فلقيه رجل، فساومه في إحداهما، فباعها بدينار، ثم أتى النبي ومعه شاة ودينار، فحدثه الحديث فقال: «بارك الله لك في صفقة يمينك»[(٤)]، فكان بعد ذلك يخرج إلى كناسة الكوفة، فيربح الربح العظيم، وكان من أكثر أهل الكوفة مالًا.

فلما قبل[(٥)] النبي ﷺ ذلك [دل][(٦)] على جوازه؛ لأنه حصل له المقصود وزيادة؛ فصح للموكل؛ كما لو وكله في شراء شيء بعشرة، فاشتراه[(٧)] بخمسة، أو [في][(٨)] بيع شيء بعشرة فباعه بخمسة عشر؛ وهذا هو الأصح في الطرق.

قال: **وقيل: للوكيل[(٩)] شاة بنصف دينار**، يعني: **وللموكل كذلك**.

ووجهه: أن الموكل إنما أذن في شراء شاة، فلا يملكه ما لم يأذن في شرائه، وينفذ في حق الوكيل؛ لتعلق أحكام العقد به.

و[أما][(١٠)] الحديث، فقد قيل: إنه مرسل؛ كما حكيناه عند بيع الفضولي؛ فلا حجة فيه، فإن صح - كما ذكر عبد الحق: أن البخاري خرّج[(١١)] عن شبيب ابن[(١٢)] غرقدة.

قال: سمعت [الحي][(١٣)] يتحدثون عن عروة أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا ... وذكر الحديث - ففيه[(١٤)] ما يستدل به لهذا القول[(١٥)]؛ لأنه[(١٦)] ﷺ أجاز بيع

(١) سقط في د.
(٢) في أ: أو.
(٣) في جـ: أن النبي.
(٤) تقدم.
(٥) في أ: فقد.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ، د: فشراه.
(٨) سقط في د.
(٩) زاد في أ: نصف.
(١٠) سقط في أ، د.
(١١) في أ: خرجه.
(١٢) في أ، جـ: عن.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في جـ: فعنه.
(١٥) قوله: وإن قال: اشتر بهذا الدينار شاة، فاشترى شاتين - كانا للموكل؛ لما روي «أنه ﷺ دفع إلى عروة البارقي دينارًا ليبتاع به شاة، فاشترى به شاتين، فلقيه رجل، فساومه في إحداهما، فباعها =

عروة الشاة، فلولا أنه ملكها، لما صح بيعه؛ إذ الإنسان لا يملك [بيع][1] مال الغير بغير إذنه.

وأما القياس على جواز البيع بخمسة عشر عند الإذن في البيع بعشرة - فقد تقدم ذكر الفرق بينهما، وهو مانع من الإلحاق[2].

واعلم أن معظم الأصحاب قالوا على هذا القول: يكون الموكل بالخيار بين أن يأخذ الشاتين [بالدينار][3]، وبين أن يترك الشاة للوكيل، ويسترجع منه نصف دينار.

وحكوا ذلك عن نص الشافعي في الإجارات، وأن ابن سريج وجهه بأن انتزاع ملك الغير بغير اختياره يجوز؛ لتعلقه بملكه ومشاركته له؛ [كما][4] في الشفعة، وهاهنا أولى؛ فإن الوكيل أضاف العقد إلى موكله؛ فإن[5] محل هذا [القول إذا وقع العقد على ثمن في الذمة.

وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه:

إنه لا وجه لهذا][6] القول عندي إلا أن يكون بناء على القول الذي حكي عن الشافعي في البيع الموقوف: أنه يجوز، وعلى ذلك جرى المتولي.

= بدينار، ثم أتى النبي ﷺ ومعه شاة ودينار، وحدثه الحديث؛ فقال: بارك الله لك في صفقة يمينك»، فكان بعد ذلك يخرج إلى كناسة الكوفة، فيربح الربح العظيم، وكان من أكثر أهل الكوفة مالا.

وقيل: للوكيل شاة بنصف دينار، والأخرى للموكل، والحديث قد قيل: إنه مرسل، كما حكيناه عند بيع الفضولي؛ فلا حجة فيه، وإن صح - كما ذكر عبد الحق - أن البخاري خرج عن شبيب بن غرقدة قال: سمعت الحي يتحدثون عن عروة «أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا...» وذكر الحديث؛ ففيه ما يستدل به لهذا القول. انتهى كلامه.

وما توهمه من أن رواية البخاري هنا متصلة محتج بها، ليس كذلك؛ فإن قول الراوي: سمعت الحي يتحدثون، هو عين الإرسال الذي أشار إليه من قال: إنه مرسل؛ لأن عدالة الراوي شرط، ولم تحصل تسميته حتى تعرف عدالته، كذا صرح به البيهقي وغيره، وقد تفطن في «شرح الوسيط» للصواب، فقال عقبه ما نصه: وهذه وإن أخرجها البخاري فهي منقطعة؛ فلا حجة فيها عند الشافعي. هذا لفظه، وإنما أخرجه البخاري؛ لأن فيه قطعة متصلة. [أ و].

(١٦) في أ، د: فإنه.

(١) سقط في د.

(٢) في أ: الإطلاق.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في جـ.

(٥) في أ: وإن.

(٦) سقط في د.

ولم يتعرض في المهذب لذكر ثبوت الخيار للموكل على هذا القول، بل أورد فيه ما أورده في [هذا][(١)] الكتاب، ولعله يرى أنه لا يثبت [[الخيار][(٢)]؛ كما حكاه][(٣)] الزبيلي[(٤)] في أدب القضاء [له][(٥)] وجهًا خامسًا.

وحكى في البحر: أن صاحب الإفصاح أورده احتمالًا؛ كمذهب أبي حنيفة، ووافق الشيخ [معظم الأصحاب][(٦)] في أن محله إذا ورد العقد على ثمن في الذمة، [وقال فيما إذا أورد على عين[(٧)] الدينار: إن ذلك ينبني على ما إذا اشترى في الذمة:][(٨)] فإن قلنا: يقع[(٩)] العقد في الشاتين للموكل، فكذلك هاهنا، وإلا بطل في إحدى الشاتين، وصح في الأخرى للموكل.

وقال المتولي إذا بطل [العقد][(١٠)] في إحدى الشاتين، جرى في الأخرى [قولا][(١١)] تفريق الصفقة، وإن الأصح[(١٢)] منهما هاهنا البطلان؛ لأنه يؤدي إلى أن يتخير بينهما، وعندنا لو اشترى شاة من شاتين على أن يختار إحداهما - لا يصح العقد، قلت: وفيما قالوه نظر؛ فإن القاضي أبا الطيب حكى في تعليقه عن الشافعي: أنه ذكر في الإجازات[(١٣)]: أن إحداهما تلزمه بنصف دينار، وهو بالخيار في الأخرى: إن شاء أمسكها بالنصف الآخر، وإن شاء ردَّها، ويرجع على الوكيل بنصف دينار.

وكذلك حكى الماوردي والمتولي النص بهذه العبارة، أو بما يقاربها، وإذا كان [هذا صورة][(١٤)] النص، لم يلزم منه أن يكون حاكمًا[(١٥)] بأن [للوكيل][(١٦)] شاة بنصف دينار؛ لأن رجوعه على الوكيل عند عدم الإجازة[(١٧)] يجوز أن يكون لأجل أنه صرفه في ثمن ما بطل العقد فيه؛ لعدم الإذن فيه والإجازة[(١٨)]؛ ولأجل

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: الرملي.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) في أ، د: المعظم.
(٧) زاد في ج: في.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: بيع.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ج، د.
(١٢) في أ: صحح، ود: الصحيح.
(١٣) في د: الإجارات.
(١٤) في أ: هذه الصورة.
(١٥) في ج: كما.
(١٦) في أ: يكون للوكيل.
(١٧) في أ، د: الإجارة.
(١٨) في أ، د: الإجارة.

ذلك حسن من القاضي أن يقول: لا وجه [لهذا][١] عندي إلا أن يكون بناء على [أن][٢] البيع الموقوف يجوز، لكن الذي حكاه ابن الصباغ والمحاملي والروياني وغيرهم عن الشافعي في الإجازات[٣]: أنه قال: إذا أعطاه الدينار، وقال: اشتر به شاة، فاشترى شاتين، ففيهما قولان:

أحدهما: ينتقل ملك الشاتين معًا إلى الموكل[٤].

والثاني: ينتقل ملك إحداهما إلى الموكل، وملك الأخرى إلى الوكيل، ويكون الموكل فيها بالخيار: إن شاء أقرها[٥] على ملك وكيله، وإن شاء انتزعها[٦].

وهذا صريح فيما حكوه من أن للوكيل شاة بنصف دينار؛ وعلى هذا لا يحسن قول القاضي وغيره: إن هذا بناء على قول الوقف؛ لأنا على [قول][٧] الوقف لا نحكم بالملك فيه للفضولي قبل الإجازة، والرد، وهاهنا قد حكم بأن الملك له.

وقد رأيت لمن تكلم على التنبيه: أن المراد بقول الوقف هاهنا ليس الوقف على القديم، بل الوقف على الجديد، وهو ما إذا باع المفلس بعض ماله بعد الحجر عليه، وهو لا يُنجي من المناقشة[٨].

ويلزم الأصحاب مما حكوه من صورة النص أن تكون صورة المسألة إذا وقع الشراء بعين الدينار، [وإلا لم يقع العقد للموكل في شيء من الشاتين؛ لأن قوله: اشتر بهذا الدينار][٩] شاة صريح في الشراء بالعين؛ كما صرح به الإمام فيما إذا دفع إلى إنسان دراهم، وقال له: اشتر لي بها طعامًا.

وقد تقرر[١٠]: أنه لو وكله في أن يشتري بالعين، فاشترى في الذمة - لا يصح العقد للموكل وفاقًا.

وقد حكوا أن محل الخلاف إذا وقع الشراء في الذمة، ويلزم عليه - أيضًا - أن يصح العقد على شاة من شاتين؛ كما استشكله المتولي [ومجلي][١١].

وطريق الجواب عن الإلزام الأول على صورة النص الذي حكاه الأكثرون: أن

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، د: الإجارات.
(٤) في أ: للوكيل.
(٥) في أ: أقرهما، ود: أفردها.
(٦) في أ: انتزعهما.
(٧) سقط في أ.
(٨) في جـ، د: المنافسة.
(٩) سقط في أ.
(١٠) زاد في أ: في.
(١١) سقط في جـ.

يمنع أن قوله: اشتر بهذا الدينار شاة كقوله: اشتر بعينه، بل هو كما لو دفعه إليه، وقال: اشتر [بهذا الثمن شاة](١)، وقد حكينا: أن الأصح في هذه الحالة صحة الشراء بالعين وفي الذمة؛ فيكون هذا مؤكدًا [له](٢).

فإن قيل على مقابله: يلزم ألا يصح [للموكل العقد](٣) في شيء من الشاتين - أيضًا - إذا وقع الشراء في الذمة.

قلنا: قد حكاه الإمام وجهًا، وأن العقد يلزم في حق الوكيل، وكذلك الزبيلي(٤) مع وجه آخر: أن العقد يبطل في الشاتين.

واعلم أن الجيلي حكى عن بعضهم: أنه أجرى الخلاف في مسألة الكتاب من غير فرق بين أن يرد العقد على العين أو الذمة، وكذلك هو في الإكمال فيما وقع في التنبيه من الإجمال.

وغالب الظن: أنهما نقلا ذلك عن البحر؛ فإنه ذكر مثل ذلك، لكنه حكى في البحر ذلك بعد أن حكى الخلاف فيما إذا ورد العقد على(٥) العين [في](٦) أنه يصح في الجميع، أو يبطل في إحدى الشاتين، وأشار إلى جريان [هذا](٧) الخلاف فيما إذا كان العقد على ما في الذمة؛ ففهم منه [أنه](٨) الذي أورداه(٩)، ولا يكاد يصح ذلك؛ فإنه لا يتصور أن يصح الشراء لشخص بملك غيره من غير إذنه، والله أعلم.

فروع:

أحدها: هل يجوز للوكيل بيع شاة من الشاتين والحالة هذه؟

إذا قلنا بأنهما للموكل بغير إذنه؛ ففيه(١٠) وجهان حكاهما المحاملي وغيره من(١١) العراقيين، كما حكاهما المراوزة، وهما [مبنيان عند](١٢) الشيخ أبي حامد - كما حكاه البندنيجي والقاضي الحسين - على القولين فيما إذا غصب مالًا واتجر به.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: للعقد للموكل.
(٤) في أ: الرملي.
(٥) في أ: في.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ، د.
(٩) في أ: أوردناه.
(١٠) في أ: فيه.
(١١) في أ: عن.
(١٢) في أ: منفيان عن.

والجديد منهما: أن تصرفه باطل.

والقديم: أن لرب المال الخيار بين أن يجيز البيع؛ فيكون كل الربح له، وبين أن يبطله، ويكون له بدل ماله.

ومقتضى هذا: أنا إذا صححنا بيع الوكيل، ثبت للموكل الخيار.

وقد تمسك القائل بالصحة بحديث عروة، والقائلون بالصحيح الذين سلموا صحة الحديث، قالوا: هذه واقعة حال، وعروة[١] يحتمل أن يكون وكيلًا مطلقًا، بمعنى: أنه ﷺ وكله في بيع ماله إذا رأى فيه المصلحة؛ كما صرح به المتولي.

ولا يقال: إنه ﷺ إن كان قد وكله [في بيع ماله، فذلك محمول على الموجود، وهذا مال متجدد، وإن كان قد وكله][٢] في بيع المتجدد، فهو تعليق للوكالة، وأنتم لا ترونه؛ فلا يحسن بكم هذا التأويل؛ لأنا نقول: بقي[٣] قسم ثالث، وهو أن يكون قد وكله في بيع الموجود وما يتجدد، ويجوز ذلك بطريق التبع[٤]؛ كما يجوز التوكيل في البيع، وقبض الثمن، والتصرف فيه وإن لم يملك الثمن بطريق[٥] التبعية، [وكذلك][٦] الوقف يصح[٧] على الموجود من أولاده ومن سيوجد، [ولو أفرد][٨] من سيوجد بالوقف [عليه][٩]، لم يصح.

الثاني: لو اشترى الوكيل شاتين تساوي كل واحدة منهما دون الدينار، وتساويان[١٠] أكثر من دينار، لم يصح العقد للموكل.

الثالث: لو كانت إحداهما تساوي دينارًا، والأخرى دونه، فقد حكى ابن الصباغ، والروياني، وغيرهما في صحة العقد عليهما للموكل - وجهين، وأن أقيسهما الصحة في[١١] الجميع للموكل، وجعله القاضي أبو الطيب المذهب.

قلت: وينبغي أن ينبني الخلاف فيها على مسألة الكتاب:

---

(١) في أ: في.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: ففي.
(٤) في د: البيع.
(٥) في أ، د: بعد طريق.
(٦) في د: لذلك.
(٧) في جـ: يجوز.
(٨) في جـ: انفرد.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في جـ: وتساويا.
(١١) في أ: و.

فإن(١) قلنا فيها: لا يلزم الموكل إلا شاة، فهاهنا لا يلزمه إلا التي قيمتها دينار، وتكون الأخرى للوكيل بنسبة قيمتها من الثمن.

وإن قلنا ثم: إن الشاتين للموكل، فهاهنا وجهان كالوجهين فيما لو قال: «بع بمائة» [فباع](٢) بمائة وثوب؛ لأنها زيادة خير، لكنها بغير الصفة التي أذن فيها.

ثم على الصحيح فإذا جوزنا للوكيل بيع إحدى الشاتين، فإن باع التي قيمتها دينار - لم يصح؛ لأنه يفوت(٣) المقصود، وإن باع الأخرى - صح.

وحكم التوكيل في شراء عشرة أقفزة من الحنطة بدينار حكم التوكيل في [شراء](٤) شاة بدينار، حتى إذا(٥) اشترى أحد عشر قفيزًا من النوع الذي ذكره بدينار، خرج على القولين؛ صرح به صاحب البحر.

قال: وإن وكَّله في بيع(٦) **عبد، أو شراء عبد، لم يجز أن يعقد على نصفه؛** لما في الشركة من الإضرار وهذا في جانب الشراء مطلقًا؛ حتى لو اشترى النصف الآخر، لم يقع العقد(٧) للموكل، وفيه وجه.

وفي جانب البيع مقيد بما إذا باع النصف بدون قيمة الكل، أما إذا باعه بقيمة الكل - صح اتفاقًا، كما صرح به في المهذب وغيره.

ولو وكله ببيع ثلاثة أعبد(٨)، فباع واحدًا [منها](٩) بدون قيمة الجميع - لم يصح، وإن كان بقيمتهم صح، وهل يبقى وكيلًا في بيع الباقيين(١٠)؟ فيه وجهان في الطريقين.

ولو وكله في شراء(١١) عشرة أعبد(١٢)، ملك أن يعقد عليهم صفقة واحدة،

---

(١) في أ: إن.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: فوت، ود: مفوت.

(٤) سقط في أ.

(٥) في أ: لو.

(٦) في التنبيه: أمره ببيع.

(٧) في أ، د: العقدان.

(٨) ثبت في حاشية د: قيد الشيخ والرافعي وغيرهما هذه المسألة بتعيين الثمن في التوكيل، فقال في «المهذب»: ولو وكله في بيع عبد بألف، فباع نصفه بألف جاز، وكذلك صور الرافعي وغيره المسألة، وفرق بين إطلاق الوكالة بالبيع، وبين تعيين الثمن.

(٩) سقط في أ.

(١٠) في أ، د: الباقين.

(١١) في د: بشراء.

(١٢) ثبت في حاشية د: وهذه المسألة أيضًا صورها في «المهذب» وغيره أنه لو أذن له في بيع ثلاثة أعبد بألف مثلًا، فباع واحدًا بدون الألف لم يصح؛ لأنه قد لا يجد من يشتري ما بقي بتمام =

وأن يعقد على واحد واحد.

وإن قال: [اشترهم في صفقة][١] واحدة، فاشتراهم من شخصين بثمن [واحد من][٢] كل واحد [منهما][٣] خمسة، وصححنا مثل هذا العقد - ففي صحة الشراء للموكل وجهان في الشامل.

وفي الحاوي في هذه الصورة الجزم بالبطلان، وحكاية الخلاف عن ابن سريج فيما إذا كانوا مشتركين بينهما على الإشاعة؛ وعلى ذلك جرى المحاملي، والبندنيجي.

قال: وإن أمره أن يشتري شيئًا موصوفًا - لم يجز أن يشتري [شيئًا][٤] معيبًا، أي: وإن كان يساوي ما اشتراه به، أو يزيد عليه؛ لأن الإطلاق يقتضي السلامة.

وكذلك لو اشترى عينًا [فوجد بها عيبًا][٥] ثبت له الرد، فلو اشترى مع العلم بالعيب - لم يقع للموكل؛ لأنه غير المأذون فيه، [[وهذا][٦] هو][٧] الأظهر عند المراوزة - أيضًا - وحكوا معه عند مساواة المبيع ما اشتراه به أوجهًا:

أحدها: [أن][٨] العقد يقع للموكل.

[والثاني: إن كان العيب يمنع من الإجزاء في الكفارة والمبيع عبدًا - فلا يقع للموكل][٩] [وإلا وقع][١٠].

والثالث - حكاه الإمام عن شيخه في كتاب القراض[١١]، واستحسنه-: أنه إن كان يشتريه للتجارة، وقع العقد [للموكل][١٢]، وله الخيار، وإن كان يشتريه للقنية والخدمة، فلا يقع للموكل [؛ لمكان العيب المعلوم له][١٣].

= الألف، وأنه لو باع واحدًا من الثلاثة بالألف والحالة هذه. جاز. وأما الذي صور به المصنف - رحمه الله - المسألة هاهنا في قوله ولو وكله ببيع ثلاثة أعبد فباع واحدًا منها بدون قيمة الجميع لم يصح، فمشكل، ولعله من ناسخ، وقد قال هو وغيره: لو وكله في بيع عشرة أعبد جاز أن يعقد عليهم واحدًا واحدًا. ولا فرق بين الثلاثة والعشرة.

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ج.
(٦) في د: وكذا.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في د: الفرائض.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في أ: وإلا وقع، وسقط في ج.

ثم قالوا: إذا قلنا بوقوعه للموكل، فلا خيار للوكيل، وفي ثبوته للموكل وجهان:

وجه المنع: إقامة علم الوكيل[(١)] مقام علم الموكل[(٢)]؛ كما أن رؤيته المبيع تقوم مقام رؤية الموكل.

وعلى مقابله - وهو الأصح: إذا فسخ الموكل، فهل يرتفع العقد من أصله، أو يرتد الأمر[(٣)] للوكيل؟ فيه وجهان.

قال: فإن لم يعلم بالعيب[(٤)]، **ثم علم**، رده - أي: من غير احتياج إلى إذن الموكل فيه - لأن الموكل أقامه مقام نفسه، ولما كان للموكل إذا اطلع على العيب أن يفسخ، كذلك للوكيل[(٥)]؛ وهذه علة القاضي أبي الطيب، وغيره.

وقال في المهذب: لأنها ظلامة حصلت بعقده، فجاز له دفعها؛ كما لو اشترى لنفسه.

ومنهم من علل بأنه لا يأمن ألا يرضى[(٦)] الموكل [به][(٧)]، ولا يصدقه البائع في دعوى الوكالة؛ فيلزمه الثمن؛ فيتضرر به، ومقتضى هذا التعليل: ألا يملك الرد إذا سمى الموكل في العقد، أو كان [ما اشتراه][(٨)] يساوي الثمن، أو أكثر، أو وقع العقد [على عين][(٩)] مال الموكل، وقد حكاه المتولي [وجهًا][(١٠)] في الصور الثلاث.

وحكى[(١١)] الإمام في كتاب القراض[(١٢)] فيما إذا كان المعيب يساوي أكثر من ثمنه: أنه لا يرد قبل المراجعة.

وروى صاحب التقريب وجهًا [غريبًا][(١٣)] عن ابن سريج: [أن الوكيل لا يملك الرد إلا بإذن موكله.

قال الإمام][(١٤)]: وهو ظاهر في القياس، بعيد في الحكاية.

---

(١) في جـ: التوكيل.
(٢) في أ: الوكيل.
(٣) في أ: الأمن.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) في أ: الوكيل.
(٦) في أ، د: يرضاه.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، د: بغير.
(١٠) سقط في د.
(١١) في أ، د: وحكاه.
(١٢) في د: الفرائض.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في أ.

وعلى المذهب: لو رضي به [الموكل][(١)]، لم يكن للوكيل الرد [إلا بإذن موكله][(٢)] - قال الإمام: إجماعًا.

قال المتولي: والفرق بينه وبين الفسخ بخيار المجلس، حيث [أثبتنا للوكيل][(٣)] الفسخ وإن أجاز[(٤)] الموكل: أن خيار المجلس يختص بالوكيل، يعني: بقول صاحب الشرع: المتبايعان بالخيار؛ فكان هو المتصرف فيه، وخيار العيب ثابت للموكل، يعني: لأن[(٥)] سببه يختص به، وهو التضرر بسبب العيب؛ فكان رضاه معتبرًا.

وقال الرافعي: إن ما فرق به المتولي لا تكاد النفس ترتكن[(٦)] إليه.

ولو رضي الموكل[(٧)] بالعيب بعد رد الوكيل[(٨)]، لم يكن له أثر.

ولو استمهل البائع الوكيل في الرد إلى أن يعلم موكله - لم يلزمه ذلك، فلو أجابه، فهل يسقط حقه من الرد؟

فيه وجهان في المهذب، المختار منهما في المرشد: عدم السقوط، وقد حكاهما الإمام عن العراقيين - أيضًا - فيما لو أبطل الوكيل حق رد نفسه بالزام العقد، وصحح وجه السقوط، وهو الذي اختاره في المرشد على [مثل هذا في المسألة قبلها:][(٩)] إذا حضر الموكل، وأجاز[(١٠)] العقد، فلا كلام، وإن لم يرض [به، ففي التهذيب: أن المبيع للوكيل، ولا يرد؛ لتأخيره مع الإمكان][(١١)].

وقيل[(١٢)]: يرد؛ لأنه لم يرض بالعيب، وضعفه؛ وهذا القول لم يحك[(١٣)] المتولي والبندنيجي سواه، واختاره في المرشد، وادعى الإمام: أنه متفق عليه؛ لأنه إذا لم يبطل حق الموكل بإبطال الوكيل؛ فبالتأخير أولى.

ثم هذا إذا توافق البائع والمشتري والموكل على أن العقد وقع للموكل بالنية،

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في أ: الوكيل.
(٤) في د: اختار.
(٥) في أ: أن.
(٦) في أ، د: تسكن.
(٧) في د: الوكيل.
(٨) في د: للوكيل وزاد في أ: بالعيب.
(٩) في أ، د: وعلى هذا.
(١٠) في جـ: اختار.
(١١) سقط في أ.
(١٢) زاد في أ، د: له.
(١٣) في أ: يحكم.

أو بالتصريح(١) بالسفارة(٢)، أما لو أخر الوكيل الرد، أو أسقط حقه من الرد، ولم

---

(١) في أ: بالصريح.

(٢) قوله: ولو استمهل البائع الوكيل في الرد بالعيب إلى أن يعلم موكله؛ لم يلزمه ذلك، فلو أجابه فهل يسقط حقه من الرد؟

فيه وجهان في «المهذب»، والمختار منهما في «المرشد»: عدم السقوط، وقد حكاهما الإمام عن العراقيين - أيضا - فيما لو أبطل الوكيل حق رد نفسه بإلزام العقد، وصحح وجه السقوط، وهو الذي اختاره في «المرشد».

ثم قال عقبه من غير فاصل: وعلى هذا إذا حضر الموكل وأجاز العقد فلا كلام، وإن لم يرض به ففي «التهذيب»: أن المبيع للوكيل، ولا يرد؛ لتأخيره مع الإمكان.

وقيل: له الرد؛ لأنه لم يرض بالعيب، وضعفه وهذا القول لم يحك البندنيجي والمتولي سواه، واختاره في «المرشد»، وادعى الإمام أنه متفق عليه؛ لأنه إذا لم يبطل حق الموكل بإبطال الوكيل فبالتأخير أولى.

ثم هذا إذا توافق البائع والمشتري والموكل على أن العقد وقع للموكل بالنية أو بالتصريح بالسفارة. انتهى كلامه.

وهذا الذي قاله - رحمه الله - غلط يحتاج في فهمه إلى فكر وخلو بال وتطويل، فنقول لا شك أنه فرض ذلك فيما إذا توافقوا على أن العقد وقع للموكل كما ذكره في آخر المسألة، وحينئذ فالتفريع المشار إليه بقوله: وعلى هذا... إلى آخره، قد تقدمه مسألتان: المسألة الأولى: إذا استمهل البائع، والثانية: إذا رضي الوكيل بالعيب وألزم العقد:

فإن كان ذلك التفريع عائدا على المسألة الثانية - وهو المتبادر من كلامه - فهو باطل؛ لأنه لا خلاف والحالة هذه أن البيع للموكل، وأن له الرد على البائع، وتعود السلعة إليه، ولا تعود إلى الوكيل، وقد صرح الرافعي بذلك - أعني بعدم الخلاف فيه - ونقل القول به عن البغوي بخصوصه، وأيضا: فتعليله الذي نقله عن الإمام يمنع تصوير المسألة بذلك بالضرورة، فراجعه.

وإن كان التفريع المذكور راجعًا إلى المسألة الأولى، وهي مسألة الاستمهال؛ لكونها المسألة الأصلية، والثانية كالتذييل عليها - فلا يكون التفريع عليها الذي قاله كله صحيحًا؛ بل المستقيم منه ما نقله عن «التهذيب» خاصة، وقد نقله عنه الرافعي، ثم استشكله، فقال: ولو أخر كما [إذا] التمس البائع، فحضر الموكل، ولم يرضه - قال في «التهذيب»: المبيع للوكيل، ولا رد؛ لتأخيره مع الإمكان، وقيل: له الرد؛ لأنه لم يرض بالعيب، قال: وهو ضعيف، ولك أن تقول... إلى آخره.

وهذا الذي قاله الرافعي مطابق لكلام المصنف إن أراد ما قلناه، لكن هذا التفريع إنما هو على القول ببطلان خيار الوكيل عند الاستمهال بلا شك؛ فكان ينبغي أن يصرح به فيقول: فإن أبطلنا، أو ما في معناه؛ فإنه قد تقدم منه ذكر وجهين، لا سيما وقد نقل ترجيح عدم البطلان واقتصر عليه؛ فكيف يصح أن يقول: وعلى هذا، مشيرًا إلى البطلان؟! فإن ذلك لا يصح مع عدم الرجحان، فضلا عمَّا إذا كان مع رجحان الصحة.

وعلى كل حال فما نقله عن «التهذيب» ثابت فيه، لكنه لا يصح الإبراء إلا بالإضمار المذكور، وأما ما بعده - وهو قوله: وهذا القول لم يحك البندنيجي... إلى آخره - فغلط؛ وذلك لأنه لا يمكن حمله على الإشارة إلى الوجه الأول الذي اختاره صاحب «التهذيب» من أن الموكل إذا لم يرض بالبيع =

يصدقه البائع على أن العقد وقع للموكل - فالمنصوص، وبه[(١)] جزم البغوي، والمتولي: أن السلعة تلزم الوكيل إذا كان الثمن في الذمة.

وقيل: تلزم الموكل، وهو الذي نقله أبو حامد، ولم يحكه البندنيجي، بل قال بعد حكاية الأول: ولأصحابنا [فيه][(٢)] ما لا يحكى؛ لفساده؛ [لأنه خلاف][(٣)] المنصوص.

ثم على خلاف المنصوص يغرم له الوكيل الأرش [من الثمن][(٤)]؛ لتقصيره عند الجمهور، وهو الأصح في المهذب.

وقال أبو يحيى البلخي: يرجع عليه بما نقص [عن][(٥)] الثمن؛ حتى لو اشتراه بمائة وهو يساويها، لا يغرمه شيئًا.

ولا فرق في وقوع العقد للموكل عند عدم العلم بالعيب بين[(٦)] أن يكون المبيع يساوي الثمن أم لا عند الأكثرين.

وحكى الإمام فيما إذا كان لا يساويه وجهين في وقوعه للموكل[(٧)]، [وأن

= فيرتد على الوكيل؛ لأن الإمام والمتولي وغيرهما من الجماعة الذين نقل عنهم هذا القول قائلون بالعكس، وهو جواز الرد على البائع، فتأمله؛ فبطل العود بسببه لذلك الوجه، والتعليل الواقع في كلام الإمام يوضحه، هذا مع أمور أخرى.

منها: أنه يلزم منه أن يكون كلام البغوي هو المشهور المعروف في المسألة، والأمر بالعكس كما دل عليه كلام الرافعي.

ومنها: أن قوله قبله: وعلى هذا، إنما يستقيم إذا ذكر قبله وبعده خلافه، ولم يذكره، ولا يمكن - أيضا - حمله على الإشارة إلى الوجه الثاني الذي ضعفه البغوي، وهو القائل بأن الكيل يرد على البائع إذا رد الموكل عليه؛ لما قلناه من أن التعليل الذي علل به ناقلًا له عن الإمام، تعليلٌ لجواز رد الموكل على البائع، لا لجواز رد الوكيل عليه، ولأن المذكورين - أيضا - لم يقولوا بذلك، بل قالوا بخلافه على اختلاف بينهم لا ضرورة لنا إلى الإطالة بذكره.

وقد ظهر لي سبب الغلط في كلام المصنف، وهو أن المشهور - كما تقدم - جواز رد الموكل على البائع؛ فتوهم المصنف: أن الوجه الذي ضعفه البغوي - وهو القائل بأن له الرد - يعود إلى الموكل، فأشار إليه، فقال ما حاصله أنه المعروف، والذي ضعفه البغوي إنما هو الجواز من الوكيل، وما قلته من السبب هو الموقِع له بلا شك، وقد أتعبت نفسي يوما وليلة كاملين في تحقيق هذا الموضع، ثم في تقريره، ثم في ذكر سببه. [أ و].

(١) في أ: و قد.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لاختلاف.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: من.
(٧) في أ: عن الموكل.

المذهب منهما: أنه لا يقع له؛ لأن الغبن يمنع الوقوع عن الموكل][(١)] مع [سلامة المبيع][(٢)] [وإن لم يعرف الوكيل][(٣)]، فعند العيب أولى.

وفرق الأكثرون بينه وبين الغبن بأن العقد لو صح للموكل معه، لما كان له مستدركًا؛ فإنه [لا][(٤)] يثبت فيه [خيار][(٥)]، بخلاف العيب.

قال: **وإن وكله[(٦)] في شراء شيء بعينه، فاشتراه، ثم وجد به عيبًا، فالمنصوص** - [أي: في اختلاف العراقيين][(٧)] **أنه يرده[(٨)]**؛ [لما ذكرناه][(٩)].

[قال:][(١٠)] [وقيل: لا يرد؛ لأن الموكل قطع اجتهاده بتعيينه، ولعله قد أمره بشرائه بعد علمه بعيبه][(١١)]، وهذا قول[(١٢)] الجمهور؛ كما حكاه الماوردي، وقال: إن الأول قول أبي حامد الإسفراييني، والذي اختاره في المرشد الثاني.

قال الرافعي: ولم يذكروا - يعني الأصحاب - في هذه المسألة متى يقع عن الموكل؟ ومتى لا يقع؟ والقياس: أنه كما سبق في الحالة الأولى.

نعم: لو كان المبيع معيبًا يساوي ما اشتراه به، وهو عالم، فإيقاعه عن الموكل هاهنا أولى؛ لجواز تعلق الغرض بعيبه.

ومحل الخلاف - كما قاله في الكافي - ما إذا لم يعين الموكل الثمن، أما إذا قال له: «اشتر هذا بهذا»، فاشتراه، ثم وجده معيبًا - فلا رد للوكيل قولًا واحدًا.

فرع: لو ادعى البائع على الوكيل علمه برضا الموكل بالعيب قبل الفسخ، نظر:

إن لم يمض زمان إمكان ذلك، لم يسمع.

وإن أمكن، حلف على نفي [العلم][(١٣)] وهو الذي جزم به المعظم.

و[عن][(١٤)] القاضي أبي حامد وغيره [وجه][(١٥)]: أنه لا يحلف.

فعلى الأول: إن حلف الوكيل، رد المبيع، فلو حضر الموكل من بعد،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: السلامة للمبيع.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في التنبيه: وكَّل.
(٧) سقط في أ.
(٨) في التنبيه: يرد.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في جـ: فرع.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: مذهب.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في أ.
(١٥) سقط في جـ.

وصدق[١] البائع، بان بطلان الرد؛ كما حكي عن ابن سريج.

وعن القاضي الحسين خلافه؛ كما حكاه[٢] المتولي.

والذي رأيته في [تعليق القاضي][٣]: أن الموكل إذا حضر، وقال: «كنت قد رضيت به»، لا يحتاج إلى بيع جديد[٤].

وقد يقال: إن هذا الخلاف ينبني[٥] على انعزال الوكيل[٦] قبل العلم؛ كما حكيناه عن ابن الصباغ فيما إذا عفا ولي الدم عنه قبل القصاص.

ولو نكل الوكيل عن اليمين - حلف البائع، ولم يكن للوكيل الرد، [ثم][٧] إذا حضر الموكل، وكذبه، قال في التهذيب: لزم العقد الوكيل، ولا رد له؛ لإبطال الحق فيه بالنكول؛ وهذا منه بناء على ما صححه من أن الوكيل إذا أخر الرد، سقط حق الموكل، وقد وافقه فيما ذكره هنا صاحب البحر.

وقال القاضي الحسين هنا في تعليقه: هذا إذا أنكر[٨] الموكل الشراء، ولم يسم الوكيل الموكل في العقد، فإن سماه، فعلى وجهين.

واعلم: أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي أن محل الكلام في جواز رد الوكيل إذا كان العيب مقارنًا للعقد، أما إذا حدث، فليس فيه تصريح بحكمه، ومقتضى ما حكيناه عن القاضي أبي الطيب من التعليل جوازه [أيضًا][٩] قال: **وإن وكله في البيع من زيد، فباع من عمرو - لم يجز**؛ لأنه قد يريد البيع من زيد؛ لطيب ماله، أو لإرادة تخصيصه بالمبيع[١٠] دون غيره؛ [فلا[١١] يلزم أن يكون الإذن في البيع منه إذنًا في البيع من غيره،][١٢] والأصل المنع[١٣].

---

(١) في جـ: فصدق. (٢) في أ: حكى. (٣) في أ، د: تعليقه.

(٤) قوله: فرع: لو ادعى البائع على الوكيل علمه برضا الموكل بالعيب، فحلف ورد، ثم حضر الموكل، وصدَّق البائع - بان بطلان الرد كما حكى ابن سريج، وعن القاضي الحسين خلافه كما حكاه المتولي، و الذي رأيته في «تعليقه»: أن الموكل إذا حضر وقال: كنت قد رضيت به؛ لا يحتاج إلى بيع جديد. انتهى.
واعلم أن هذا النقل عن «التتمة» ليس كما قاله، وكأنه قلد فيه الرافعي؛ فإنه نقل عنها ذهاب القاضي إلى نفوذ الفسخ، وعبارة «التتمة»: حكى القاضي. وحكاية المذهب لا تستلزم ذهاب الحاكي إليه. [أ و].

(٥) في أ، د: مبني. (٦) في أ: الموكل. (٧) سقط في جـ، د.

(٨) في د: أمكن. (٩) سقط في أ. (١٠) في أ: البيع.

(١١) في أ: فلا. (١٢) سقط في أ، د. (١٣) في أ: البيع.

ولا فرق في منع البيع من عمرو بين أن يكون وارثًا، [لزيد][(١)] أو غير وارث؛ لما ذكرناه؛ ولهذا لو قال: خذ مالي من فلان، [لم يجز][(٢)] أن يأخذه من وارثه، [بخلاف ما لو قال: خذ مالي على فلان[(٣)]؛ فإنه يجوز أن يأخذه من وارثه][(٤)].

قال: وإن وكله[(٥)] **في البيع في سوق، فباع في غيرها**[(٦)] - أي: ولا تفاوت بينهما - جاز؛ لاتفاق الغرض فيهما.

وقيل: لا يجوز؛ كالمسألة قبلها.

وقال بعضهم: إنه ليس بصحيح، وصححه ابن القطان، والبغوي، واختاره في المرشد، وقال الماوردي[(٧)]: إنه أشبه.

وقد نسب[(٨)] القاضي أبو الطيب [الأول][(٩)] إلى النص، وجزم به، وتابعه في الجزم [به][(١٠)] الغزالي في الوجيز.

قال في رفع التمويه: ومحل القول الثاني إذا لم يقدر [له][(١١)] الثمن، أما إذا قدره، فقال: بع بمائة، فباع في غيرها[(١٢)] بها - جاز وجهًا واحدًا[(١٣)].

والحكم فيما لو قال: بع في بلد كذا كالحكم في قوله: بع في سوق كذا؛ [كذا][(١٤)] صرح به القاضي ابن كج، لكنه إذا باع في غيره، كان ضامنًا للمبيع[(١٥)] والثمن؛ [إذ مطلق الإذن في البيع لا يقتضي الإذن في السفر.

أما إذا كان الثمن][(١٦)] في الموضع الذي عينه أكثر، أو[(١٧)] النقد فيه أجود -

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: لا يجوز.
(٣) في أ: زيد.
(٤) سقط في د.
(٥) في التنبيه: وكل.
(٦) في ج: غيره.
(٧) في أ: الروياني.
(٨) في أ: نسبه.
(٩) سقط في أ، وفي د: الأولى.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ، د: غيره.
(١٣) قوله: وإن وكله في البيع في سوق، فباع في غيرها - جاز.
وقيل: لا.
ثم قال: وقال في «رفع التمويه»: محل القول الثاني إذا لم يقدر له الثمن، فإن قدره فباع به جاز وجهًا واحدًا. انتهى كلامه.
واقتصاره على نقل ذلك عمَّن ذكره عجيب؛ فإن المسألة مجزوم بها في «زيادات الروضة»، نقلها عن صاحب «الشامل» و«التتمة». [أ و].
(١٤) سقط في أ، د.
(١٥) في ج: كالبيع.
(١٦) سقط في ج.
(١٧) في د: و.

لم يجز البيع في غيره وفاقًا، وكذا إذا نهاه عن البيع في غيره.

ولا خلاف في أنه إذا أذن في البيع في زمان، لا يجوز أن يبيع في غيره: متقدمًا، أو[1] متأخرًا.

[وعند إطلاق][2] الوكالة تحمل على البيع بالنهار، فإن باع بالليل، قال القاضي الحسين في تعليقه: إن كان الراغبون فيه كالنهار[3]، جاز، وإلا فلا.

قال: **وإن وكله في البيع، سلم المبيع** - أي: إذا كان معينًا في يده - لأنه من مقتضى العقد؛ بدليل أنه لو باع بشرط ألَّا يسلم - بطل، وإذا كان [الثمن][4] من مقتضى العقد [تضمنه التوكيل][5]؛ كخيار[6] المجلس، ونحوه.

فعلى هذا لو شرط [في التوكيل][7]: ألاَّ يسلم المبيع وإن قبض الثمن - لم يكن له التسليم؛ كما حكاه في شرح الفروع.

وقال قائلون: هذا الشرط فاسد؛ فإن التسليم مستحق بالعقد، ورووا[8] عن أبي علي الطبري وغيره وجهين في أن الوكالة هل تفسد به؛ حتى يسقط الجعل المسمى، ويجب أجرة المثل؟

وحكى الشيخ أبو علي في جواز تسليم المبيع عند إطلاق الوكالة وجهين؛ كالوجهين الآتيين في أنه هل يقبض الثمن أم لا؟

[قال:][9] وكيف لا، وتسليم المبيع دون قبض الثمن فيه خطر ظاهر؟!

وعلى هذا جرى صاحب التهذيب وغيره.

وحكى الرافعي: أن وجه المنع يجري وإن كان [الثمن مؤجلًا؛ لأنه لم يفوض إليه.

وجعل في الوسيط جواز تسليم المبيع بعد توفير][10] الثمن، ليس من مقتضى الوكالة [له][11]، بل لأنه ملكه، ولا حق يتعلق به، وهو ظاهر.

قال: **ولم يقبض الثمن** - أي: حيث لم يكن القبض - شرطًا في صحة العقد،

---

(١) في أ: ولا.
(٢) في أ: وإذا أطلق.
(٣) في أ، د: مثل النهار.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: يضمنه الوكيل.
(٦) في د: بخيار.
(٧) في د: على الوكيل.
(٨) في د: ورواه.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.

وكان الثمن حالاً؛ لأنه قد يرضاه للبيع، ولا يرضاه للقبض، وهذا ما اختاره في المرشد.

قال: وقيل: يقبض؛ لأن موجب العرف قبض الثمن، وتسليم المبيع؛ فنزل عليه؛ وهذا هو الأصح في الرافعي، وحلية الشاشي، والتتمة.

أما إذا كان القبض شرطًا في العقد - كما في الصرف ونحوه - فلا خلاف في أن له القبض والإقباض.

ولو كان الثمن مؤجلًا، لم يكن له القبض وجهًا واحدًا.

وحكم الوكيل في الشراء في تسليم الثمن المعين، وتسلم المبيع - حكم وكيل البائع في تسليم المبيع وتسلم الثمن فيما ذكرناه وفاقًا وخلافًا؛ كما صرح به [ابن](١) الصباغ وغيره.

وفي الوسيط فرق بينهما.

التفريع:

إن(٢) قلنا بالأول، فإذا سلم الوكيل المبيع قبل قبض الموكل الثمن، وتعذر قبضه بسبب إعسار المشتري - لا يكون الوكيل ضامنًا؛ كما صرح به القاضي أبو الطيب، والبندنيجي.

ووجهه المتولي بأن الوكيل لم يثبت له حق التسليم؛ حتى نجعله مفرطًا بتسليم المبيع [قبل استيفاء الثمن.

وإن قلنا بالثاني؛ فليس له التسليم إلا بعد قبض الثمن، فإن سلم قبله، صار ضامنًا، وله طلب المشتري بتسليم المبيع](٣) إن كان قائمًا إلى أن يوفي الثمن، وإن كان تالفًا، فله المطالبة بالثمن؛ كما صرح به القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ.

وما الذي يضمنه الوكيل للموكل؟ ينظر: إن كان الثمن، وقيمة المبيع سيان، غرم القيمة، وإن كانت القيمة أقل، لم يضمن غيرها، وإن كانت أكثر مثل: إن باعه بما يتغابن بمثله، فوجهان:

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: إذا.
(٣) سقط في أ.

أصحهما: أنه يغرم جميع القيمة.

والثاني: قدر الثمن؛ لأنه الذي فوته بالتسليم.

وقد رجع حاصل الوجه الثاني [إلى][1] أنه يغرم أقل الأمرين من القيمة أو الثمن، وهو ما حكاه الإمام هاهنا، واختاره القاضي الحسين في كتاب القراض[2] بعد أن قال: قال أصحابنا: يضمن أكثر الأمرين من قيمة المبيع، أو ثمنه.

وقال الإمام في كتاب التفليس: إذا عسر على الموكل قبض الثمن، ضمن[3] الوكيل، وفيما يضمنه وجهان ذكرهما صاحب التقريب:

أحدهما: الثمن؛ فإنه فوت متعلقه؛ فكان كالشاهد بالزور.

والثاني: قيمة المبيع؛ فإنه التزم ألا يسلمه إلا بشرط، فإذا لم يف بالشرط، لزمته القيمة؛ نظرًا إلى ما قبل البيع.

ثم قال: وهذا الضمان على الجملة بِدْع خارج عن قانون الضمان؛ فإنه لم يلتزم[4] [الثمن][5] بجهته، ولما سلم المبيع لم يَجْرِ عُدوانه في ملك الموكل؛ فالقياس الكلي نفي الضمان، لكن اتفق الأصحاب عليه.

وإذا اعتبرنا قيمة المبيع فالمعتبر حالة التسليم؛ كما صرح به القاضي الحسين.

ثم إذا قبض الوكيل الثمن بعد الغرم للموكل، كان له حبسه حتى يسترد ما غرمه للموكل - قال القاضي الحسين: كالغاصب إذا غرم.

فروع:

[أحدها][6] إذا قبض الوكيل الثمن حيث جاز له القبض، فخرج المبيع مستحقًّا، وأخذه مالكه بعد تلف الثمن في يد الوكيل؛ فللمشتري الرجوع بالثمن على الوكيل؛ إن أنكر كونه وكيلًا، وحلف على نفي العلم، فإن صدقه، فمن الذي يرجع عليه؟ فيه ثلاثة أوجه، حكاها الإمام عن ابن سريج: أحدها: أنه الموكل لا غير؛ لأن الوكيل متوسط؛ كالسفير، ويده في القبض كيد[7] الموكل؛ فكأن الموكل قبض المال، فتلف[8] في يده؛ [وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب في كتاب

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: القرض.
(٣) زاد في أ: على.
(٤) في د: يلزم.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: يد.
(٨) في د: وتلف.

الرهن؛ قياسًا على ما لو باع العدل الرهن بإذن الحاكم، وقبض الثمن، وتلف في يده، وخرج [الرهن](١) مستحقًّا؛ فإنه لا يرجع على العدل [بشيء](٢)، وادعى الإجماع عليه.

وفي النهاية [حكاية](٣) خلاف [فيه](٤) أيضًا، مع الاتفاق على أن الحاكم لو باع، وتلف الثمن في يده، وخرج المبيع مستحقًّا: أنه لا ضمان.

والوجه الثاني: أنه الوكيل لا غير؛ لبيان انقطاع أثر التوكيل بالاستحقاق؛ وهذا ما جعله الإمام هاهنا أقيس، وقال في كتاب الرهن: الذي يجب القطع به أن الوكيل مطالب(٥)، ولو أراد المشتري مطالبة البائع بالثمن، وما ثبتت يده عليه - فلست أرى ذلك؛ من جهة أن يده ما وصلت إلى عين(٦) مال المشتري، ولم يوجد منه في حق المشتري إلا أنه أمر وكيله بالمعاملة، ومن أمر غيره بغصب مال لم يصر بأمره غاصبًا.

ثم قال: ولست أنفي احتمالًا يراه ناظر [في](٧) تثبت مطالبة الموكل؛ كما ذهب إليه العراقيون.

والوجه الثالث: [له](٨) مطالبتهما جميعًا، وهو المختار في الرافعي، وحكاه الماوردي أيضًا.

فعلى هذا إذا غرم الوكيل؛ فالمشهور من المذهب - [كما حكاه الإمام-](٩): أنه يرجع على الموكل.

وقيل: لا.

وإن غرم الموكل، لم يرجع على الوكيل.

وقيل: يرجع عليه في هذه الحالة؛ لتلف العين تحت يده.

وإن قلنا بالوجهين الأولين، فمن غرم منهما، لم يرجع على الآخر؛ كذا حكاه الإمام هنا.

وقال في كتاب الرهن: إن الوكيل مطالب دون الموكل، وإذا غرم رجع على الموكل.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ، د: يطالب.
(٦) في أ: غير.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في د.

ولو تلف المال في يد الموكل بعد أن سلمه له الوكيل، فلا نزاع في أن الموكل مطالب، وهل يطالب الوكيل؟ ذكر الإمام فيه خلافًا في كتاب الرهن.

الثاني: إذا اشترى عبدًا لموكله، وقبضه بإذنه، وتلف في يده قبل أن يسلمه إلى موكله، ثم خرج ما قبضه مستحقًّا - فلمالك[1] [العبد][2] مطالبة البائع قطعًا، وكذا [مطالبة المشتري إذا أنكر كونه وكيلًا، فإن صدقه، فهل له][3] [مطالبة الموكل دونه، أو مطالبتهما؟ فيه ثلاثة أوجه، ووجه][4] مطالبة الموكل هاهنا بعيد؛ إذا كان الإذن في شراء عبد موصوف؛ إذ لم يصدر منه ما يقتضي التغرير الذي جعلناه في الفرع قبله سببًا لمطالبته، والرجوع عليه.

نعم: إن كان قد عين العبد في التوكيل، شابه[5] الفرع [الذي][6] قبله، وحكم التراجع بين الوكيل والموكل كما ذكرناه من قبل.

الثالث: قال الرافعي: إذا باع الوكيل ما وكل فيه بثمن في الذمة، ودفعه إلى موكله، فخرج مستحقًّا أو معيبًا، فرده؛ فللموكل مطالبة المشتري بالثمن، وله تغريم الوكيل؛ لأنه صار مسلمًا للمبيع قبل أخذ ثمنه، وفيما يغرمه الوكيل وجهان:

أحدهما: قيمة العين.

والثاني: الثمن.

[قال: وإن وكله في تثبيت دين، فثبته؛ لم يجز له قبضه؛ لأنه غير مأذون فيه لفظًا ولا عرفًا؛ فإن الإنسان قد يرضى بالشخص في التثبيت، ولا يرضاه في القبض.

وفي طريقة المراوزة حكاية وجه: أنه يجوز له القبض؛ كما في [قبض][7] الثمن، وجعله في بحر المذهب ظاهر المذهب، والصحيح خلافه][8].

قال: وإن وكله في قبضه، فجحد من عليه الحق، فقد قيل يثبته؛ لأنه يتوصل به إلى ما وكل فيه؛ فاقتضاه[9] الإذن؛ وهذا [هو][10] الأصح في الجيلي.

---

(١) في د: فللمالك.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: لسامه.
(٦) سقط في ج، د.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ج.
(٩) في أ: واقتضاه، ود: باقتضاءه.
(١٠) سقط في د.

قال: **وقيل لا يثبته**؛ لأنه قد يرضاه[(١)] في القبض؛ لأمانته، ولا[(٢)] يرضاه في التثبيت؛ لقصور حجته[(٣)]؛ وهذا ما اختاره في المرشد.

ويجري هذا الخلاف فيما إذا وكله في قبض عين، فجحدها من هي[(٤)] في يده.

ولو وكله في بيع [دار][(٥)]، أو قسمة نصيبه من دار، [وطلب شفعة][(٦)] - لم يكن له تثبيتها عند بعض الأصحاب.

قال في [بحر المذهب][(٧)]: وقيل: فيه وجهان[(٨)] - أيضًا - نسبهما الماوردي إلى ابن سريج في مسألة المقاسمة لا غير، وأبداهما ابن الصباغ من عند نفسه احتمالًا في الجميع.

فرع: الوكيل بالشراء إذا سلم الثمن، وخرج المبيع مستحقًّا، هل [له][(٩)] مطالبة البائع بالثمن؟ فيه وجهان حكاهما الماوردي عن أبي القاسم بن كج، [وهما في المهذب][(١٠)]، والمذكور منهما في المرشد المنع.

قال الماوردي: والصحيح عندي غيرهما، وهو أن ينظر:

فإن استحق من يد الوكيل قبل وصوله إلى يد الموكل؛ فللوكيل المطالبة.

وإن استحق من يد الموكل، فلا؛ إذ الوكالة قد انتهت.

فرع: إذا وكله في قبض دين، فقبضه الموكل معيبًا، ولم يعلم بعيبه، ثم [قبضه الوكيل][(١١)] سالمًا، فهل يصح قبض الوكيل له أو قبض الموكل؟

قال في البحر: [إنه يجوز قبض الوكيل، قال: وعندي أنه لا يجوز][(١٢)]؛ لأن الرد بالعيب انتقاض من الوقت لا من الأصل، وقد أخذ الوكيل ذلك بعد براءة ذمته؛ فلا يصح قبضه.

قلت: هذا الفرع يظهر بناؤه على أن الدين [الناقص][(١٣)] متى يملك؟ هل

---

(١) في جـ: رضاه.
(٢) في جـ: فلا.
(٣) في أ: صحته.
(٤) في أ: هو.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: طلب منفعة، ود: أو طلب شفعة.
(٧) في أ، د: البحر.
(٨) في جـ: فوجهان.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ، د.
(١١) في أ، د: قبض الوكيل الدين.
(١٢) في جـ: والذي عندي أنه يجوز.
(١٣) سقط في أ.

بمجرد القبض، وينتقض بالرد[(١)]، أو لا يملك إلا بالرضا بالعيب؟ وفيه خلاف حكاه الغزالي وإمامه في باب الاستبراء والكتابة.

فعلى الأول يخرج ما قاله صاحب البحر، وعلى الثاني يخرج ما قاله[(٢)] والده.

قال: **وإن وكله في كل قليل وكثير - لم يجز**؛ لما في ذلك من الغرر؛ [فإنه لو][(٣)] صح لملك أن يعتق جميع عبيده، ويطلق جميع[(٤)] نسائه، ويبيع[(٥)] جميع أمواله[(٦)]، ويشتري له ما لا يقدر على أداء ثمنه، وأي غرر أعظم من ذلك؟!

نعم لو قال: وكلتك في عتق عبيدي، وطلاق زوجاتي، وبيع جميع مالي، وقبض ديوني - صح وقيد صاحب التهذيب جواز التوكيل في بيع المال، وقبض الديون بما إذا كانت معلومة، ومفهوم ذلك [أنها][(٧)] [إذا لم تكن معلومة، لا يصح][(٨)] وهو ما صرح به القاضي الحسين في تعليقه في مسألة بيع المال؛ حيث قال: لو قال: وكلتك [في بيع مالي، ولم يعين[(٩)] المال، لم يجز، ولو قال: وكلتك][(١٠)] في كل قليل وكثير [مما إلي][(١١)] من التصرفات [لم يصح؛ وحكى الغزالي وإمامه وجهًا فيه، والأصح الأول؛ كما لو أطلق، ولم يقل: [فيما إلي][(١٢)] من التصرفات][(١٣)]؛ فإن الإنسان إنما يوكل فيما يتعلق به، سواء نص على الإضافة إلى نفسه، أو لم ينص؛ ولهذا لو قال: وكلتك في شراء كذا، لم يحتج إلى أن يقول: لي.

وقد حكى الماوردي في كتاب الوديعة وجهين في صحة الوكالة العامة في كل شيء، ولعل محلهما ما حكاه الإمام.

ولو قال: «وكلتك في بيع ما تراه من مالي»، أو: «من عبيدي» - لم يصح؛ كما [صرح به][(١٤)] الماوردي.

---

(١) في د: إذا.
(٢) زاد في أ: صاحب.
(٣) في أ: لأنه.
(٤) في أ، د: كل.
(٥) في أ: ومنع.
(٦) في أ: أقواله.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ج، د: لا تصح.
(٩) في د: يبين.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: مما لي.
(١٣) سقط في ج.
(١٤) في أ: حكاه.

وفي الزوائد[(١)] للعمراني: أنه لا يصح في الأولى، ويصح في الثانية.

وفي النهاية [حكاية فرع يدل على الصحة في الثانية][(٢)] أيضًا، وهو إذا قال رجل لآخر: بع من عبيدي من شئت، فليس للوكيل أن يبيع جميعهم، فلو باع الجميع إلا واحدًا، فقد اتفق الأصحاب عليه، وإن كان التبعيض في النظم المعروف ربما يورد على النصف[(٣)] فما دونه.

وفي المهذب والتهذيب: أنه لو قال: بع ما شئت من مالي، أو: اقبض ما شئت من ديوني: أنه يصح.

فرع: الوكالة بالتصرف فيما يجهل قدره مثل: أن يكون بين شخصين مال، وكل منهما يجهل [قدر][(٤)] حصته منه، فيوكل أحدهما صاحبه في بيع حصته، أو يوكلان وكيلًا في بيع الجميع، هل يصح؟ فيه وجهان، تقدمت حكايتهما في باب الشركة، والأظهر [منهما][(٥)] الصحة.

قال: وإن وكله في شراء عبد، ولم يذكر نوعه - لم يصح التوكيل؛ لأن فيه غررًا؛ فإن العبيد تختلف أثمانهم، فربما يشتري له عبدًا لا يملك الوفاء بثمنه.

ولا فرق في ذلك بين أن يقول للوكيل: اشتره كيف شئت، أو لا.

وفي الحاوي حكاية وجه: أنه يصح، فإذا اشترى أي عبد، كان بثمن مثله، أو أقل - صح الشراء.

وقد نسب الإمام هذا الوجه إلى رواية صاحب التقريب، وحكى عن الشيخ أبي محمد أنه إذا قال: اشتر لي عبدًا كما تشاء: أنه يظهر تجويز ذلك؛ فإنه تصريح بالتفويض التام، ثم قال: وهو متجه.

قال في «الوسيط»[(٦)]: وهذا تصرف لم يذكره غيره.

قلت: قد حكي نظيره عن القاضي أبي حامد فيما إذا قال: «زوجني أي امرأة شئت» من غير أن يعين واحدة: أنه يصح.

وفي هذه الصورة - أيضًا - وجه: أنه لا يجوز حتى يصفها بما تضبط[(٧)] به.

---

(١) في د: رواية.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: المصنف.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: البسيط.
(٧) في أ: يضبطها.

قال في الشامل: وهو اختيار الزبيري، وكذلك قال في البحر، وعلله بأن الأغراض[١] تختلف: فمن الناس من يرغب في الجمال، ومنهم من يرغب في كثرة المال، ومنهم من يرغب في العشيرة، أو في النسب.

قال: **وإن ذكر النوع**[٢]، **ولم يقدر الثمن** - أي: مثل: أن قال: اشتر لي عبدًا تركيًّا، أو حبشيًّا، أو زنجيًّا - **لم يصح** التوكيل؛ لأن أثمان النوع[٣] تختلف، فالغرر فيها ثابت؛ وهذا ما قال القاضي الحسين: إنه الظاهر ما لم يذكر جميع أوصاف العبد التي يختلف الثمن باختلافها، مثل: أن يقول: قامته كذا، وسنه [كذا][٤].

وقيل: يصح، وهو اختيار ابن سريج؛ كما حكاه المحاملي، والبندنيجي، [والشيخ في المهذب][٥]، وصححه الرافعي؛ لأن مع ذكر النوع يقل الغرر[٦]، [ويحمل ذلك][٧] على أغلى ثمنٍ.

قال: **وإن ذكر**[٨] **النوع، وقدر الثمن، ولم يصف العبد**، أي: بما[٩] يميزه [عن][١٠] غيره، لا بصفات السلم؛ كما صرح به الماوردي، والإمام [قال][١١]: **فالأشبه: أنه لا يصح**؛ لاختلاف الأغراض باختلاف الصفات مع التساوي في القيمة، وذلك غرر.

قال: **وقيل: يصح**؛ لأن ذلك القدر لا يخفى مقابله في العادة.

وأيضًا: فإن الوكالة جوزت للحاجة، والتضييق فيها يخرجها عن موضوعها[١٢]، وهذا ما [جزم به][١٣] القاضي أبو الطيب وغيره، وادعى البندنيجي [نفي][١٤] خلافه.

و[قد][١٥] قال بعض الشارحين: إنه لم ير الأول في الكتب المشهورة، وكذلك أقول، لكن طريق الجواب عنه أن الشيخ أبداه[١٦] احتمالًا لنفسه، ويقرب

---

(١) في جـ: الاعتراض.
(٢) في التنبيه: نوعه.
(٣) زاد في أ: فيها.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) في أ: الغرور.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: بقدر.
(٩) زاد في د: لا.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) في جـ: موضعها.
(١٣) في جـ: بينه.
(١٤) سقط في أ.
(١٥) سقط في جـ.
(١٦) في د: أباه.

[منه](١) ما حكاه الماوردي فيما إذا قال: «اشتر لي عبدًا بمائة»، ولم يصفه بما يتميز به مراده من العبيد من أن ذكر [الثمن هل يقوم مقام الصفة، أم لا؟ وفيه وجهان.

واعلم أن ما ذكرناه من](٢) اعتبار ذكر النوع وغيره مفروض فيما إذا لم يكن القصد بالشراء التجارة، أما إذا كان القصد منه التجارة، فلا يشترط بيان ذلك، بل يجوز أن يقول: وكلتك [في](٣) أن تشتري بهذا الألف ما شئت من العروض، أو: ما علمت فيه حظًّا من الأموال؛ صرح به الماوردي، والمتولي؛ قياسًا على القراض.

قال: وما يتلف في يد الوكيل من غير تفريط، لا يلزمه ضمان(٤)؛ لأنه نائب عنه في اليد والتصرف؛ فكانت يده كيده.

ومفهوم هذا: [أن ما يتلف في يده بتفريط](٥)، يلزمه ضمانه.

وهل يجعل(٦) إمساكه لما وكل في بيعه مع قدرته(٧) على البيع - تفريطًا؛ حتى يضمن عند التلف؟ فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين.

قال: والقول في الهلاك، وما يدعى عليه من جناية(٨) - **قوله**:

أما في الهلاك؛ فلتعذر إقامة البينة عليه، ولا فرق بين أن يدعيه بسبب ظاهر، أو خفي؛ كما سنذكره في الوديعة.

وأما في دعوى الجناية؛ فلأن الأصل عدمها.

قال: وإن كان متطوعًا، فالقول في الرد قوله؛ لأنه قبض العين لحق المالك؛ فكان القول قوله في الرد؛ كالمودع.

قال: وإن كان بجعل، فقد قيل: القول قوله؛ لأنه مؤتمن من جهته، لا يضمن العين عند التلف؛ فكان القول قوله في الرد على من ائتمنه؛ كالمودع؛ وهذا قول الجمهور، وهو الأظهر في الحاوي.

قال: وقيل: القول قول الموكل؛ لأنه قبض العين لمنفعة نفسه؛ فلم يقبل قوله

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ، جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في التنبيه: ضمانه.
(٥) في أ: أن ما تلف فتفريط.
(٦) في أ: يجوز.
(٧) في أ: القدرة.
(٨) في التنبيه: الخيانة.

في الرد؛ كالمرتهن، والمستأجر؛ وهذا قول أبي علي الطبري.

وقد أجرى هذا الخلاف بعينه في عامل القراض، والأجير المشترك إذا لم نضمِّنه[١]، وقد قدمت في كتاب الرهن الفرق بين المرتهن والمستأجر، وبين الوكيل بالجعل[٢] ومن في معناه، فليطلب منه.

تنبيه: الجعل - بضم الجيم[٣]-: ما يجعل للعامل عوضًا.

وتفرقة الشيخ بين الوكيل بجعل وغيره في دعوى الرد، تعرفك أن ما ذكره من الأحكام فيه غير الرد لا فرق فيها بين أن يكون بجعل أو غيره.

وقد حكي عن أبي علي الطبري: أن الوكيل بالجعل حكمه حكم الأجير المشترك؛ حتى يكون في ضمانه قولان، وهو ما حكاه الماوردي في كتاب الإجارة، لكن فيما قبضه لبيعه دون الثمن، وفيما قبضه ليشتري به دون المبيع، إذا جعل الجعل في مقابلة البيع أو الشراء، فإن جعله في مقابلتهما، فالذي يظهر من كلامه في موضع آخر: أن حكمهما في الضمان سواء.

فرع: لو مات الوكيل، فادعى وارثه الرد على الموكل، نظر:

فإن ادعى أن الرد صدر[٤] منه، لم يقبل؛ لأنه لم يأتمنه، وهكذا حكم الوكيل إذا ادعى الرد على ورثة[٥] موكله، والمقارض إذا ادعى الرد على ورثة رب المال، وكل من لم يأتمنه المدعى عليه وإن كان مؤتمنًا شرعًا؛ كمن طيرت الريح الثوب إلى داره، [والملتقط؛][٦] كما حكاه العراقيون.

وفي كلام الإمام إشارة[٧] إلى خلاف فيه؛ فإنه قال بعد ذكر ذلك: [على][٨] الصحيح، فكأنه يشير إلى الوجه الصائر إلى قبول قول الوصي في الرد على الصبي بعد البلوغ: أنه يجيء هاهنا، وقد صرح به القاضي الحسين في تعليقه احتمالًا، وأجراه فيما إذا ادعى رد العبد الموصى بخدمته بعد انتهاء مدة الخدمة على الورثة؛ حتى يقبل قوله على وجه.

وإن ادعى أن مورثه هو الراد، قال المتولي في الوديعة: لا يقبل قوله.

---

(١) في أ: يضمنه.
(٢) في أ: يجعل.
(٣) في جـ: العين.
(٤) في أ: هدر.
(٥) في أ: مورثه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: اختياره.
(٨) زاد في أ: تعدد ذلك حكى.

وقال البغوي: يقبل، وأجريا ذلك في دعوى التلف من غير تفريط.

والذي رجحه الإمام قبول قوله في دعوى التلف، وهذا بعينه يجيء هاهنا.

فرع: من يقبل قوله في الرد، هل له أن يمتنع [منه][١]؛ بعذر الإشهاد؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الماوردي: أصحها: أنه ليس له.

والثاني - وهو ما نسبه القاضي أبو الطيب إلى ابن أبي هريرة -: أن له ذلك.

والثالث: أنه إن قبض المال بالإشهاد، كان له الامتناع؛ لأجله، وإلا فلا.

وأما من لا يقبل قوله في الرد إلا ببينة: كالمستعير، والمديون، والمستأجر، والمرتهن، هل له الامتناع؛ بعذر الإشهاد؟

قال العراقيون: إن كان عليه بينة [به][٢] فنعم،وإلا [فلا، على][٣] الأصح، وبه جزم بعضهم: كالمحاملي، وغيره.

وحكى الماوردي وجه ابن أبي هريرة فيه.

وعلى هذا الترتيب جرى القاضي الحسين في تعليقه.

وقال ابن الصباغ: لا بأس بوجه ابن أبي هريرة [عندي في][٤] المسائل كلها؛ إذا كان الإشهاد ممكنًا لا يؤدي إلى تأخير الحق، فأما إذا أدى إلى تأخير الدفع - كان على التفصيل؛ وهذا[٥] أبداه المتولي وجهًا.

قال: وإن اختلفا: فقال: أذنت لك في بيع حال - أي: وقد بعت مؤجلًا - **فأنت ضامن، فقال الوكيل: بل [في بيع مؤجل؛ أو قال** - أي: الموكل][٦] - **في الشراء بعشرة، وقال** - أي: الوكيل-: **[بل][٧] بعشرين، فالقول قول الموكل** - أي: مع يمينه - لأنهما لو اختلفا في أصل التوكيل، كان القول قوله؛ فكذلك إذا اختلفا في صفته؛ أصله: الزوجان إذا اختلفا في الطلاق وصفته؛ فإن القول قول الزوج.

ويخالف ما إذا دفع إلى خياط ثوبًا، فقطعه، ثم اختلفا - كما سنذكره - حيث لا يجعل القول قول الآذن - على قول - وإن كان اختلافًا في صفة الإذن؛ لأن

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، د: فليس له على.
(٤) في أ: وعندي.
(٥) زاد في أ: ما.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.

صاحب الثوب[١] يريد [أن][٢] يثبت على الخياط بيمينه غرامة، والأصل براءته منها؛ فتعارض بسبب ذلك أصلان؛ فلذلك جرى الخلاف، و[ها][٣] هنا الموكل لا يثبت [بيمينه][٤] على الوكيل[٥] غرامة لنفسه؛ فسلم أصله عن المعارضة[٦]، وما يغرمه الوكيل من الثمن[٧] ظاهر، يرجع به من ثمن العين أو العين؛ كما سنذكره.

فرع: المشتري في المسألة الأولى إذا صدق الموكل، بطل العقد، ولا يخفى حكمه.

وإن ادعى أن البائع باع لنفسه[٨]؛ فالقول قوله مع يمينه، إن لم تكن بينة؛ فإن الظاهر أن ما يبيعه الإنسان ملكه، وإذا حلف أقرت العين في يده، وإن نكل، حلف الموكل، وإن نكل، فهو كما لو حلف المشتري، ولا يمنعه هذا النكول من حلفه[٩]: أنه ما أذن للوكيل في البيع بنسيئة، فيحلف، ويرجع على الوكيل ببدل المبيع، فإذا غرم الوكيل، لا يطالب المشتري حتى يحل الأجل، وإذا حل الأجل، فإن صدق الوكيل الموكل، لم يرجع على المشتري إلا بأقل الأمرين من الثمن، أو[١٠] القيمة، وإن لم يرجع، وأصر على قوله الأول، فيطالبه[١١] بالثمن بتمامه[١٢] فإن كان قدر ما غرمه، أو أقل، أخذه، وإن كان أكثر فالزيادة في[١٣] يده للموكل بزعمه، وهو ينكرها، فيحفظها، أو يلزمه دفعها إلى القاضي؟ فيه خلاف.

قلت: في تسليط الوكيل على قبض [الزائد على ما غرمه نظر؛ لأن تسليطه على][١٤] قدر ما غرمه إنما كان لأجل الظفر، وجزم به؛ لما سنذكره من أن [من هو منسوب][١٥] إليه لا يدعيه.

---

(١) في أ: الإذن.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: الموكل.
(٦) في أ: المعارض.
(٧) في أ: اليمين.
(٨) في أ، د: عن نفسه.
(٩) في ج: حلمه.
(١٠) في أ، د: و.
(١١) في ج: فليطالبه.
(١٢) في د: خاصة.
(١٣) في أ: على.
(١٤) سقط في أ.
(١٥) سقط في ج.

ولا يقال: إنه يتسلط[١] عليه بطريق الوكالة؛ فإن الموكل إن كان صادقًا، فلا عقد يستحق الوكيل بسببه المطالبة، [وإن كان كاذبًا، فإنكار الموكل التوكيل بالبيع، يمتنع به المطالبة][٢] ظاهرًا؛ كما في إنكاره الوكالة صريحًا [وإن لم ينعزل][٣] في نفس الأمر؛ على رأى كما سنذكره.

على أن الأصحاب [قد][٤] حكوا في جواز أخذ الوكيل قدر [ما غرمه - الخلاف][٥] المذكور في مسألة الظفر بغير جنس الحق[٦]، وقد جزم المحاملي، والبندنيجي، وابن الصباغ، والماوردي فيما إذا صدق المشتري الوكيل في صحة التوكيل، ورجع البائع على الوكيل ابتداء عند تلف العين -: أن الوكيل لا يطالب المشتري عند الحلول إلا بأقل الأمرين من الثمن والقيمة؛ لأن القيمة إن كانت أقل، فلم يغرم إلا هي، وما زاد لا يدعيه الموكل، وإن كان الثمن أقل، لم يرجع عليه إلا به؛ لأنه يقول: هذا هو الواجب، وما زاد [عليه][٧] ظلمني به الموكل؛ فلا أستحق الرجوع [به][٨] عليك؛ وهذا بعينه موجود في مسألتنا؛ فيجب أن يكون الحكم فيها كذلك، وهو مقرر لما أبديته من النظر.

فرع: إذا حلف الموكل في المسألة الثانية على ما ادعاه، فلمن يكون المبيع؟ ينظر:

إن وقع العقد على العين، وقد صرح الوكيل بالسفارة، وأن المال للموكل - حكمنا[٩] ببطلان العقد ظاهرًا؛ على الجديد، والصحيح من القديم.

وقد خرّج ابن أبي هريرة وجهًا من القديم: أنه يصح موقوفًا على إجازه الموكل، فإن أجاز، كان كما لو صدق الوكيل، وإن رد، كان كما في الجديد.

وإن لم يذكر الوكيل ذلك في العقد، لكن ذكره بعد لزومه، فإن صدقه البائع على ذلك [أو قامت بينة][١٠] على ملك الموكل[١١] عين الثمن[١٢]؛ بطل أيضًا.

---

(١) في أ: تسلط.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وإن أض منعزل.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: ما غرمه للخلاف، ود: ما غرم الخلاف.
(٦) في جـ: الجنس.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ، د.
(٩) في أ: كحكمنا.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في أ: الوكيل.
(١٢) في جـ: عن اليمين.

وإن لم يصدقه البائع، ولا بينة، فالبيع نافذ في الظاهر على الوكيل، والثمن مسلم للبائع بعد يمينه على نفي العلم بالوكالة، ويغرم الوكيل بدله للموكل.

قلت: وكان يتجه [أن يجري](١) في تغريمه البدل قولا(٢) الغرم؛ بسبب الحيلولة.

وإن اشترى في الذمة، نظر:

إن صرح بالسفارة، وصدق البائع الوكيل على أنه اشترى للموكل، بطل العقد [أيضًا؛ صرح به الماوردي، والرافعي.

وإن كذبه، ففي بطلان العقد](٣)، أو تعلقه بالوكيل ظاهرًا وجهان: أظهرهما(٤) - وبه قال أبو إسحاق-: الثاني، وقد بناهما الماوردي على أن الوكيل - والحالة هذه - هل يكون ضامنًا للثمن، أم لا؟ كما صرح [به](٥) عند الكلام في إنكار الموكل أصل الوكالة، وقال المحاملي في مجموعه: لا فرق في جريان الوجهين بين أن يصدقه البائع، أو يكذبه.

وإن لم يصرح بالسفارة، وكذبه البائع في الشراء للموكل؛ فالقول قوله مع يمينه على نفي العلم، والشراء يلزم الوكيل ظاهرًا.

وإن صدقه، فهل يبطل العقد، أو يلزم الوكيل؟ فيه وجهان مبنيان - كما قال الماوردي - على الوجهين في أن الموكل هل يصير مشاركًا للوكيل [في التزام الثمن بالعقد](٦) - والحالة هذه، [أم](٧) لا؟

ثم حيث يحكم بصحة العقد بالنسبة إلى الوكيل، فالطريق في تحصيل الملك في الباطن له جزمًا(٨): أن يتلطف القاضي بالموكل، ويقول له(٩): كنت أذنت في الشراء بعشرين [فقد بعتك إياه بعشرين](١٠)، فإن قال ذلك من غير صيغة التعليق، وقبل الوكيل(١١)، صار المبيع(١٢) ملكًا له باطنًا - أيضًا - ولا يجعل الموكل بهذا القول مقرًّا بما ادعاه الوكيل؛ كما حكاه الرافعي، وصاحب البحر.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لو لا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ، د: أحدهما.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: جريانه.
(٩) زاد في جـ: إن.
(١٠) سقط في جـ، د.
(١١) في د: التوكيل.
(١٢) في أ: البيع.

وفي كلام ابن الصباغ خلافه؛ كما سنذكره.

ولو أتى بصيغة التعليق، فقال: إن كنت أذنت لي(١) في الشراء بعشرين، فقد بعتك بعشرين، ففي صحة العقد وجهان: أصحهما -وبه قال جمهور البغداديين-: الصحة؛ لأنه(٢) تعليق [وضع العقد(٣) يقتضيه.

وجعل ابن الصباغ الأول خطأ؛ لأن الموكل(٤) إذا أطلق قوله: بعتك](٥)، يكون إقرارًا منه بالملك، وتكذيبًا لنفسه فيما ادعاه، فلا يؤمر به.

فإن امتنع الموكل من ذكر شيء من ذلك، وكان المبيع جارية - مثلًا - فإن كان الموكل كاذبًا، أو صادقًا وقد وقع الشراء بعين المال - لم يحل له وطؤها؛ لأنها ملك الغير.

وفي الرافعي إشارة إلى جريان وجه في حل الوطء، ونقل الملك؛ إذا كان صادقًا؛ بناء على أن [الملك](٦) يقع للوكيل ابتداء.

وإن وقع الشراء بثمن في الذمة، والوكيل كاذب، حل الوطء أيضًا.

وإن كان صادقًا، فقد حكى الأصحاب فيما يصنع بها ثلاثة أوجه:

أحدها - ويحكى عن قول الإصطخري(٧)، وينسب أيضًا إلى أبي قاسم الأنماطي، كما حكاه القاضي الحسين -: أنها تكون للوكيل باطنًا [- أيضًا -](٨) بالامتناع؛ كما قيده البندنيجي؛ فيحل له وطؤها.

قال الرافعي: وهذا بناء على أن الملك يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل؛ فإنه إذا تعذر نقله منه، بقي على ملكه.

والثاني: أن الوكيل إن ترك مخاصمة الموكل، فهي له ظاهرًا وباطنًا، وكأنه كذب نفسه، وإلا [فلا](٩)؛ حكاه الرافعي، والقاضي الحسين.

والثالث - وهو قول أبي إسحاق، وابن أبي هريرة، وسائر الأصحاب؛ كما قال المحاملي، والأصح، وحكاه البندنيجي، والقاضي الحسين عن الإصطخري أيضًا-: أنه لا يتملكها باطنًا، بل هي للموكل، وللوكيل الثمن عليه وقد ظفر بغير

---

(١) في أ، جـ: لك.
(٢) في جـ، د: لأن.
(٣) في أ: للعقد.
(٤) في أ: للموكل.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: ابن سريج.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.

جنس حقه من ماله، وفيه خلاف يأتي[١] في موضعه.

والأصح هاهنا: أن له بيعها بنفسه؛ لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع.

ولأن المظفور بماله في غير هذه الصورة يدعي المال لنفسه.

ثم إن كان الثمن قدر حقه، أو أقل، أخذه، وإن [كان][٢] أكثر؛ فلا حق له في الزيادة.

قال المحاملي: [و][٣] يسلمها إلى الموكل.

وقال الماوردي: هل يجوز إقرارها في يده، أو ينتزعها الحاكم منه؟ فيه وجهان، وأجراهما الرافعي فيما إذا قلنا: لا يأخذ الحق من ثمنها.

قلت: وفي جواز بيعه القدر الزائد نظر، تقدم ذكره في الفرع قبله.

وللوكيل إذا رأى أن يؤجر الجارية، ويقبض حقه من الأجرة - أن يفعل، ثم يردها على الموكل، صرح به البندنيجي.

وقد حكى المتولي جواز بيع الوكيل بنفسه، أو بالحاكم فيما إذا كان الوكيل كاذبًا، وقد اشترى بعين مال الموكل؛ لأن البائع حينئذ [يكون][٤] أخذ مال الموكل لا عن استحقاق، وقد غرم الوكيل للموكل، فله أن يقول للبائع: رد مال الموكل، أو اغرمه؛ إن كان تالفًا، لكنه قد تعذر ذلك؛ بسبب الثمن، فله أخذ حقه من الجارية التي هي ماله.

قال: وإن[٥] **اختلفا في البيع، وقبض الثمن، فادعاه الوكيل** - أي: ووافقه المشتري - **وأنكر الموكل، أو قال الوكيل: [اشتريته بعشرين]**[٦] - أي: وهو يساويها - **وقال الموكل: [بل بعشرة]**[٧] **ففيه قولان.**

هذا الكلام ينظم مسألتين:

الأولى منهما تصور بوجهين:

أحدهما: أن ينكر[٨] الموكل أصل البيع.

---

(١) في أ: أي.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في التنبيه: فإن.
(٦) في أ: بتسعين.
(٧) في أ: بأربعين.
(٨) في أ: يكون.

والثاني: أن يعترف به، وينكر قبض الثمن بعد دعوى الوكيل قبضه(١) وتلفه في يده؛ فإنه لو كان باقيًا - سلمه، ولم يكن للاختلاف أثر، والقولان جاريان في الجميع:

فأحد القولين في الأولى - على اختلاف تصويرها-: أن قول الوكيل غير مقبول؛ لأنه إقرار في حق الموكل بما يبطل عليه ملكه؛ فيسقط(٢) حقه؛ فلم يقبل؛ كما لو أقر عليه بقبض الحق مع أن الأصل فيما ادعاه العدم، ويخالف ما(٣) إذا ادعى الوكيل الرد، أو التلف؛ فإنه يقبل؛ لدفع الضمان [عن نفسه، لا لإلزام(٤) الموكل شيئًا؛ وهذا ما نص عليه الشافعي في العدد، والنكاح، والرهن](٥)، واختاره ابن الحداد في مسألة دعوى البيع، ولم يذكر ابن كج غيره، وكلام الأكثرين يدل على ترجيحه.

والقول الثاني: أن قول الوكيل مقبول؛ لأنه أقامه مقام نفسه؛ فيقبل(٦) قوله عليه فيما هو إليه؛ كقبول(٧) قوله على(٨) نفسه؛ وهذا ما نص عليه في الرهن الكبير، و[هو](٩) الأقيس عند البندنيجي، والمحاملي، والروياني، وصححه القاضي أبو الطيب، والشيخ أبو علي، والروياني في الحلية في دعوى البيع، وفي البحر - أيضًا - في آخر كتاب الشركة في دعوى القبض.

ولا فرق في جريانهما بين أن يصدر الوكيل الدعوى بالبيع - كما صوره الشيخ - وبين أن يقول الموكل أولًا: ما بعت، فيقول الوكيل: قد بعت.

وحكى الإمام عن القاضي الحسين في كتاب الرهن عند اختلاف الراهن والمرتهن في وطء الجارية [في الحالة](١٠) الأولى: أن القول قول الوكيل، وحكى(١١) الخلاف في الحالة الثانية أنه(١٢) وجه عدم القبول بما تخيله من أن ما قاله الموكل عزل صدر قبل إقرار الوكيل.

قال الإمام ثم: وهذا كلام عَرِيٌّ عن التحصيل.

---

(١) في أ: بقبضه.
(٢) في أ: ويسقط.
(٣) في أ: فيما.
(٤) في د: لا للالتزام.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، د: فنفذ.
(٧) في أ، د: كنفوذ.
(٨) في أ: إلى.
(٩) سقط في أ، د.
(١٠) سقط في ج.
(١١) في أ: حكاية.
(١٢) سقط في ج.

وحكى المتولي عن القاضي طريقة في دعوى القبض، وهي أن الاختلاف إن وقع قبل تسليم المبيع إلى المشتري، فالقول قول الموكل؛ كما لو وكله في قبض دين، فادعى قبضه.

وإن كان بعد التسليم، فقولان:

أصحهما في الرافعي، وبه جزم الإمام، واختاره ابن الحداد: أن القول قول الوكيل؛ لأن دعوى الموكل عدم القبض تتضمن تعدي الوكيل بالتسليم؛ فلذلك كان القول قوله؛ وهذه الطريقة جعلها الرافعي أظهر.

ثم هذا التفصيل فيما إذا أذن[١] في البيع مطلقًا، أو حالاًّ، وجوزنا للوكيل قبض الثمن.

أما إذا أذن في التسليم قبل القبض، أو في البيع بثمن مؤجل، وفي القبض بعد[٢] الأجل - فالاختلاف في هذه الحالة بعد التسليم [كالاختلاف قبله؛ لأنه لا يكون ضامنًا بالتسليم،][٣] فإذا صدقنا الوكيل[٤]، فحلف، هل تبرأ ذمة المشتري من الثمن؟ فيه وجهان، أصحهما عند البغوي: لا.

وعند[٥] القاضي الحسين: نعم، وهو[٦] ما حكاه البندنيجي عن ابن سريج؛ تفريعًا على هذا القول في كتاب الرهن عند الكلام في بيع العدل.

ثم القولان في الأصل يجريان فيما إذا وكله في الهبة والإقباض، وكذلك في النكاح، أو[٧] الطلاق، أو[٨] العتاق، أو الإبراء، أو[٩] إقباض مال مع تصديق المنكوحة[١٠] المطلقة والقابض والمقبض وأنكره الموكل.

وحكى [عن][١١] ابن سريج معهما وجهين:

أحدهما: أن ما يستقل الوكيل بالإتيان به: كالطلاق، والعتاق، ونحوه - يقبل قوله فيه؛ لقدرته عليه في الحال، وما كان بخلافه، فلا يقبل.

[والثاني - وهو اختياره-: أن ما كان الإقرار به كإيقاعه قبل قوله فيه، وما كان

---

(١) في جـ: كان.
(٢) في أ: قبل.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: الموكل.
(٥) زاد في أ، د: الإمام.
(٦) في أ: وهذا.
(٧) في أ: و.
(٨) في أ: و.
(٩) في أ: و.
(١٠) زاد في أ: و.
(١١) سقط في أ، د.

بخلافه، لم يقبل قوله][١] فيه؛ كذا قاله الماوردي.

وقد فسر الإمام والبغوي ما يكون الإقرار به كإيقاعه[٢]: بالطلاق، والعتاق؛ فإنه [إذا قال][٣]: [طلقت التي أمرتني بطلاقها][٤]، أو: أعتقت الذي أمرتني بإعتاقه - يقبل قوله؛ لأن لفظه مماثل للفظ الإنشاء، وهذا التفسير يرد الوجهين إلى وجه واحد وكذلك الإمام وغيره إلى حكايته.

قال الماوردي: وهذان الوجهان إنما يكون القول بهما وجهًا [واحدًا][٥] إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقيًا على الوكالة، فأما مع عزله، فلا؛ لما يقتضيه تعليلهما.

وهذا منه يدل على أن القولين يجريان مع بقاء الوكالة، ومع العزل، وقد حكى الرافعي أن قول الوكيل بعد العزل لا يقبل[٦] وجهًا واحدًا، وأن محل الخلاف قبل[٧] [٨] العزل، وعليه يدل كلام معظم الأئمة؛ حيث عللوا وجه القبول: بأنه يملك الإنشاء بملك الإقرار؛ كالأب يقر بتزويج[٩] البكر.

وفي كلام الإمام في باب الرجعة شيء، وقد يعكر على ذلك؛ فإنه قال: إذا قال الزوج: راجعتك أمس، وقالت المرأة[١٠]: ما راجعتني[١١] أصلًا، والعدة باقية - قال صاحب التقريب: المذهب أن القول قول الزوج، وحكى وجهًا غريبًا

---

(١) سقط في أ.

(٢) في ج: لإيقاعه.

(٣) في أ: إذا قال له قد، ود: إذ قال لقد.

(٤) في أ، د: بطتلاقها.

(٥) سقط في ج، د.

(٦) زاد في د: قوله.

(٧) قوله: ولو اختلفا في التصرف فالمصدق الموكل، وفي قولٍ: الوكيل، وكلام الماوردي يدل على جريان القولين قبل العزل وبعده.
ثم قال: وقد حكى الرافعي أن قول الوكيل بعد العزل لا يقبل وجهًا واحدًا، وأن محل الخلاف قبله. انتهى كلامه.
وما عزاه إلى الرافعي من دعوى عدم الخلاف لم يذكره؛ فإنه قال: نظر: إن جرى هذا الخلاف بعد انعزال الوكيل لم يقبل قوله إلا ببينة؛ لأنه غير مالك للتصرف حينئذ، وإن وقع قبله فقولان. هذه عبارته، وحاصلها: أنه ساكت عن ذكر الخلاف، ولا يلزم منه نفيه؛ فإن المصنفين كثيرا ما يطلعون على الخلاف ولا يذكرونه: إما لقصد الاختصار، أو لضعف المدرك؛ فكيف ينسب إلى الرافعي أنه وقع في الخلل، وهو دعوى عدم الخلاف فيما الخلاف ثابت فيه بمجرد سكوته عن الخلاف؟! [أ و].

(٨) في أ: فعل.

(٩) في أ: تزويج.

(١٠) في أ: الزوجة.

(١١) في ج: راجعتك.

أن القول [قول][١] المرأة، فإن أراد الزوج تصديق[٢] ما قال، فليبتدر الارتجاع.

قال: ويلزم على قياس ما قال إذا وكل رجلًا [ببيع شيء][٣] من ماله فقال الوكيل: قد بعت، وأنكر الموكل بيعه، ولم يعزله عن الوكالة فالقول قول الوكيل؛ فإن طرد الخلاف في الوكيل، كان هاجمًا على خرق الإجماع، وإن سلّم عَسُرَ[٤] الفرق.

وأحد القولين[٥] في المسألة الثانية: أن القول قول الوكيل؛ لأن قوله مقبول في أصل العقد؛ فكذا في صفته؛ وهذا ما جزم به الماوردي، والروياني.

والقول الثاني: أن القول قول الموكل؛ لأن الوكيل يريد [أن][٦] يلزم ذمة الموكل شيئًا [الأصل][٧] فراغها منه، أو يزيل عن ملكه شيئًا فيما إذا كانت الدعوى أنه اشترى [بالغبن][٨] والأصل بقاء ملكه عليه، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وجزم به المحاملي.

وقال البندنيجي: إنه المشهور في كتبه.

فرع: إذا قلنا: [القول][٩] قول الوكيل في[١٠] قبض الثمن، وإن المشتري بريء منه، فخرج المبيع مستحقًّا، فرجع المشتري على الوكيل - لم يكن له الرجوع على الموكل، وكذا لو تحالفا[١١]، وانفسخ العقد.

وحكى الروياني في كتاب[١٢] الشركة من[١٣] البحر: أن بعض أصحابنا قال: [له الرجوع][١٤]؛ لأنه يثبت بيمينه قبضه، وتلفه، والرجوع يثبت[١٥] له بسبب آخر، وهو أنه نائب عنه في البيع، وهذا كما نقول: لا يثبت النسب بشهادة النساء، ولكن إذا شهدت الولادة في الفراش، ثبت النسب.

فائدة: إذا شرط للوكيل جُعْلًا على البيع، [وقد][١٦] وقع الاختلاف في البيع

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، د: تحقيقه.
(٣) في أ: يبيع شيئًا.
(٤) في جـ: عند.
(٥) في أ: الوجهين.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) سقط في جـ، د.
(١٠) في أ: و.
(١١) في جـ: أو.
(١٢) في أ: باب.
(١٣) في أ: في.
(١٤) سقط في جـ.
(١٥) في جـ: ثبت.
(١٦) سقط في جـ، د.

بسبب استحقاق الجعل، وأنكره الموكل - قال الماوردي: القول قوله مع يمينه، ولا جعل للوكيل إلا ببينة يقيمها على البيع، سواء قبلنا قوله في[١] البيع أم لا؛ لأنه يدعي عملًا يستحق به جعلًا، فلم يقبل قوله في دعواه.

وكثير من الطلبة يصور مسألة الكتاب بهذه الصورة، وهذا يمنع التصوير بها.

قال: **وإن وكله في قضاء دين فقضاه في غيبة الموكل، ولم يشهد، وأنكر[٢] الغريم، ضمن** - أي: سواء صدقه الموكل في ذلك، أو كذبه - لأنه وكله بدفع مبرئ من المطالبة، ولا يكون ذلك مع الجحود إلا بالإشهاد، وكان مفرطًا بتركه؛ [فضمن][٣]؛ كما يضمن الجناية؛ وهذا ما جزم به في المهذب، ومعظم الأئمة، ولرب الدين[٤] مطالبة الموكل بدينه، دون الوكيل؛ اتفق عليه الأصحاب.

قال: **وقيل: لا يضمن**؛ لأن الذي دل عليه اللفظ القضاء لا غير؛ فلا يجعل مفرطًا بترك غيره.

قال: **وليس بشيء**؛ لأن العرف إذا دل على شيء كان بمنزلة المصرح به في اللفظ، والعرف دال على اعتبار الإشهاد؛ فكان بتركه مقصرًا.

وهذا الوجه حكاه في حال تصديق الموكل البغوي، والرافعي عن أبي الطيب بن سلمة، وهو مشابه لوجه حكاه الرافعي عن [ابن][٥] أبي هريرة فيما إذا أدى الضامن الدين من غير إشهاد، وأنكر المضمون له القبض، ولم يكن المضمون عنه حاضرًا، لكنه صدق الضامن: أنه يرجع عليه، ولم يجعله بترك الإشهاد مقصرًا؛ وهذا[٦] لأن الضمان[٧] إذا كان بالإذن، كان توكيلًا في الأداء، متضمنًا للإقرار[٨].

وفي حال التكذيب من تخريج ابن سريج - كما اقتضاه كلام المحاملي - حيث قال بعد حكايته عن عامة الأصحاب: إن الوكيل يضمن إذا قضى الدين بغير إشهاد في غيبة الموكل؛ صدقه الموكل أو كذبه:

---

(١) في أ: على.
(٢) في التنبيه: فأنكر.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في أ: المال.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، جـ: أو هو هو.
(٧) في جـ: الضامن.
(٨) في أ، د: للإقراض.

إلا أن ابن سريج خرج فيها وجهًا آخر سها[١] فيه: أن قول الوكيل مقبول على موكله.

وقد حكى ابن الصباغ عن أبي حنيفة: أن الموكل إذا صدق الوكيل، فلا ضمان على الوكيل، فإذا كذبه؛ فالقول قوله، ثم قال: وحكى أبو العباس وجهًا مثل ذلك، كما يقبل قوله على موكله بالبيع، والقبض؛ على أحد القولين.

وحكى الإمام قبول قول الوكيل في ذلك وجهًا عن رواية صاحب التقريب أيضًا.

وإذا كان قول الوكيل مقبولًا على موكله في الأداء عند قوم، كانت فائدته سقوط الضمان؛ كما صرح به الإمام فيما إذا جعلنا القول قول الوكيل فيما إذا ادعى الرد على رسول الموكل، وكذبه الموكل في الرد؛ فإن فائدته سقوط الضمان.

فتلخص من ذلك: أن الوكيل غير ضامن على وجه، سواء صدقه الموكل في الأداء، أم لا.

وقد خص الماوردي في كتاب الوديعة محل الخلاف في ضمان الوكيل عند تصديق الموكل بما إذا لم يكن الدين ببينة، أما إذا كان ببينة، فإنه يضمن وجهًا واحدًا.

فإن قيل: قد حكيتم عن الماوردي: أنه حكى أن القولين المذكورين عن الشافعي فيما إذا قال الوكيل: بعت، وأنكر الموكل - محكيان عنه أيضًا [فيما إذا وكله][٢] في إقباض المال، وحكيتم ثَمَّ: أن جماعة رجحوا من القولين قبول قول الوكيل، وجعلتم - هاهنا - قبول قول الوكيل في الأداء وجهًا لبعض الأصحاب، ومن تخريج ابن سريج، وأنه سها[٣] فيه، وذلك تناقض[٤]:

قلنا: محل القولين - كما حكاه الماوردي ثَمَّ - فيما إذا صدق القابض الوكيل، وكذبه الموكل، وهاهنا محل خلاف ابن سريج وغيره مع الجمهور[٥] بالعكس من تلك المسألة، ولم يجتمع الكلامان على محل واحد؛ فلا تناقض.

---

(١) في جـ: ينتهي.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: ينتهي.
(٤) في جـ: مناقض.
(٥) زاد في د: و.

نعم: أطلق القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ القول فيما إذا صدَّق الغريمَ الوكيلُ في القبض: أنه لا يضمن، وهذا الإطلاق[(١)] لا اعتراض عليه إذا كان الموكل مصدقًا - أيضًا - أما إذا كان مكذبًا، فقد قال المحاملي والبندنيجي: إنه لا فائدة في هذا الاختلاف؛ لأن العين - أي: التي وفيت في الدين - إن كانت تالفة[(٢)] سقط الدين باعتراف من هو له عليه ببراءة ذمته منه، وإن كانت باقية، فهو بالخيار بين أن يأخذها، ويقضي الدين منها، أو من غيرها.

وما قالاه فيه نظر؛ لأنا إن جعلنا القول قول الوكيل في الإقباض؛ على قول - كما حكيناه عن رواية الماوردي - استقام ما قالاه في حالة التلف، دون حالة البقاء.

وإن جعلنا[(٣)] القول قول الموكل، استقام ما قالاه [في][(٤)] حالة البقاء دون حالة التلف؛ فإنه ينبغي فيها أن تجري أقوال التقاص بين الموكل والغريم، فإن لم يره، اتجه تضمين الوكيل على المذهب قال: وإن أشهد شاهدين ظاهرهما العدالة - [أي:][(٥)] ثم بانا فاسقين - أو شاهدًا واحدًا، فقد [قيل:][(٦)] **يضمن**؛ لتقصيره؛ حيث لم يتفحص[(٧)] عن حال الشهود، واكتفائه ببينة مختلفٍ فيها؛ وهذا ما اختاره في المرشد، وفي المسألة الثانية.

قال: وقيل: لا يضمن؛ لأن طلب الأسرار[(٨)]، ومعرفة باطن [أحوال][(٩)] الشهود من منصب الحاكم؛ فلا ينسب في تركه إلى تقصير، والشاهد الواحد مع اليمين حجة في الأموال؛ كالشاهدين؛ وهذا هو الأصح في الجيلي في[(١٠)] المسألتين، وهو ما حكينا مثله في كتاب الضمان.

ولا يخفى أن هذا الخلاف مفرع على المذهب في أن الأداء من غير إشهاد مضمِّن[(١١)]، وأن محله إذا لم يحصل المقصود بمن أشهده[(١٢)]، أما إذا حصل؛

---

(١) في جـ: القول.
(٢) في جـ، د: باقية.
(٣) في أ: قلنا.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) جـ، د: يفحص.
(٨) بياض في جـ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: من.
(١١) في أ: متضمن.
(١٢) في د: أشهد.

بأن رفعت القضية إلى حاكم[١] يرى الشاهد واليمين، أو كان الشاهدان عند الأداء ممن تقبل شهادتهما، فأديا - فإنه لا ضمان على الوكيل، وقد نبهت على شيء من ذلك في باب الضمان.

والحكم في إنكار الموكل الإشهاد، ودعوى الوكيل موت الشهود، أو غيبتهم - كما ذكرناه في الضمان؛ صرح به الرافعي.

ويتجه أن يكون الخلاف هاهنا مرتبًا على الخلاف ثم، وأولى بقبول قول الوكيل.

ووجه الفرق: أن الأصل عدم تعدي الوكيل، والأصل براءة ذمة المضمون عنه من دين الضامن.

وقد ادعى القاضي الحسين في كتاب الوديعة، وكذلك صاحب البحر حكاية[٢] عن القفال: أن أكثر أصحابنا على أن القول قول الوكيل؛ لما أشرت إليه واستشهدوا له بما قاله ابن الحداد فيما إذا ادعى الوكيل قبض الثمن بعد تسليم المبيع: إن القول قوله؛ لأن به ينتفي عنه الضمان.

قال: **وإن قضاه بحضرة**[٣] **الموكل، ولم يشهد، فقد قيل: يضمن**؛ لأن ترك الإشهاد في حال الغيبة موجب للضمان، فكذلك في حال حضوره، وسكوته؛ كالجناية على ماله؛ وهذا ما نسبه القاضي الحسين إلى ابن سريج، وأبي إسحاق، واختاره في المرشد.

قال: **وقيل: لا يضمن**؛ لأن تضمين الوكيل في حال الغيبة، كان لتركه الاحتياط، وإذا كان حاضرًا، فهو اللائق به الاحتياط لنفسه، فإذا فرط فيه لا يجب على غيره الضمان؛ وهذا قول المزني، وأبي إسحاق، وسائر أصحابنا - كما حكاه المحاملي - وهو الأصح في الرافعي، وبه جزم القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، والمتولي، وهو نظير المنصوص وظاهر المذهب فيما إذا ضمن، وأدى بحضرة المضمون عنه، ولم يشهد، وأنكر المضمون له - أن له الرجوع.

فعلى الصحيح: لو قال الموكل: أديت[٤] في حال الغيبة، وقال الوكيل[٥] بل

---

(١) زاد في أ: الذي.
(٢) في أ: حكاه.
(٣) في التنبيه: بمحضر.
(٤) في أ: أذنت.
(٥) في جـ: الموكل.

بحضورك، فالقول قول الموكل؛ جزم به الرافعي.

وقال ابن الصباغ: عندي أن القول قول الوكيل مع يمينه؛ كما إذا ادعى الرد إليه وأنكر، [ولا بينة به][١] هذا إذا أقر: أنه باع، أو قبض وأنكر الموكل؛ فإنه لا يقبل قوله في أحد القولين؛ لأنه يثبت حقًّا على موكله لغيره، وهاهنا يسقط عن نفسه الضمان بما ذكره؛ فكان القول قوله مع يمينه؛ وهذا ما حكاه الروياني عن بعض أصحابنا[٢]، وأورده[٣] المتولي.

واعلم: أن النواوي قال: إن الذي ضبطه عن نسخة[٤] المصنف: قضاه بِمَحضر من الموكل: بفتح الميم، وأن الذي ذكرناه[٥] هو الواقع في أكثر النسخ، ويقال: بفتح الحاء، وضمها، وكسرها؛ ثلاث لغات مشهورة. وكلاهما[٦] صحيح.

قال: وإن وكله في الإيداع، فأودع، ولم يشهد - لم يضمن؛ لأن فائدة الإشهاد الإثبات عند الجحد، والمودع بسبيل من إسقاط الطلبة عنه بدعوى الرد، والتلف، وذلك يسقط فائدة الإشهاد عليه؛ [وإذا لم يكن فيه فائدة][٧] لم يكن بتركه مفرطًا.

وأيضًا: فإن العرف جارٍ بإخفاء الودائع، وهو المحكم[٨] في الألفاظ المطلقة، وفي الإشهاد عليها إظهار لها؛ وهذا هو الأصح، والمختار في المرشد.

قال: وقيل: يضمن؛ لأن الموكل فيه الإيداع، وهو لا يثبت إلا ببينة[٩]، وفائدتها تظهر بعد الجحد؛ فإنه لا يقبل قوله إذ ذاك في الرد والتلف؛ فأشبه التوكيل لقضاء الدين؛ وهذا[١٠] قول أبي إسحاق.

وحكى الإمام وجهًا ثالثًا: وهو أن الإشهاد إن تيسر عند الأداء، فلم يفعل، ضمن؛ لتقصيره، وإن فرض ذلك في مكان يتعذر [عليه][١١] الإشهاد فيه، فلا تقصير.

ومحل الخلاف - كما حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: إذا أودع في

---

(١) في أ: ولا يشبه.
(٢) في أ: الأصحاب.
(٣) في أ: وإن راده.
(٤) في د: سيخه.
(٥) أي: بحضرة.
(٦) أي: بمحضر، وبحضرة.
(٧) في ج، د: ولذا.
(٨) في د: المجزئ.
(٩) في أ: بنفيه.
(١٠) في ج: وهو.
(١١) سقط في أ، د.

غيبة الموكل، أما في حضوره، فلا يضمن الوكيل، وهذا منهما بناء على ما جزما به في مثل هذه الصورة في قضاء الدين، وإلا فقد حكينا عن أبي إسحاق: أنه صار إلى ضمان الوكيل إذا قضى الدين بحضرة الموكل، ولم يشهد، ومثله يجيء هاهنا.

وقال الماوردي: إن محل الخلاف إذا كذب الموكل والمودع [الوكيل](١)، أما إذا صدقه الموكل، وكذبه المودع فلا يضمن، ولا يقبل قول الوكيل على المودع؛ وهذا [يوافق](٢) ما حكاه ابن الصباغ.

وإن كذبه الموكل، وصدقه المودع عنده، وكانت العين تالفة - فلا ضمان على الوكيل؛ لأن الإقرار بالقبض أقوى من الإشهاد عليه؛ فلما(٣) برئ بالإشهاد عليه، فأولى أن يبرأ بالإقرار.

ورتب الإمام ضمان الوكيل [في هذه الصورة](٤) فقال: «إذا كذب الموكل والمودع الوكيل في دعواه الإقباض، فلا يقبل قوله على المودع، وهل يقبل على الموكل؛ حتى لا يضمن [[له](٥) شيئًا؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب التقريب.

فإن قلنا: لا يضمن»](٦) في هذه الحالة، فإذا صدقه الموكل، وكذبه المودع أولى.

وإن قلنا: إنه يضمن عند تكذيبهما، فهل يضمن عند تصديق الموكل، وتكذيب المودع؟ فيه وجهان مشهوران؛ بناء على أنه [هل](٧) يعد بترك الإشهاد مقصرًا(٨)، أم لا؟

وحكى في كتاب الوديعة فيما إذا صدق المودع الوكيل في دعواه الإقباض، وكذبه الموكل: أن القول قول الموكل، لم يختلف فيه أصحابنا.

وقال القاضي أبو الطيب، والبندنيجي، والمحاملي - على القول بضمان الوكيل بترك الإشهاد-: يرجع الموكل على الوكيل بقيمة العين [إن كانت

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: فكما.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ج، د.
(٨) في د: مفرطا.

تالفة][١]، وإن كانت باقية؛ فالمالك بالخيار بين استرجاعها وردها، ولا ضمان بعدُ على الوكيل.

فرع: لو وكله في قبض دين، أو استرداد وديعة، فقال المديون، [أو المودع:][٢] دفعت، وصدقه[٣] الموكل، وكذبه[٤] الوكيل - فالقول قوله [مع يمينه][٥]، وهل يغرم الدافع لأجل ترك الإشهاد؟ فيه وجهان[٦] في آخر هذا الباب من الرافعي.

قال: **وإن كان عليه حق لرجل** - أي: سواء كان دينًا أو عينًا، أمانة أو مضمونًا - **فجاء رجل، وادعى أنه وكيله في قبض الحق، فصدقه - جاز**[٧] **الدفع**؛ لأنه محق بزعمه.

قال: **ولا يجب**؛ لأنه دفع غير مبرئ في الظاهر إذا أنكر الموكل الوكالة؛ فلم يلزمه؛ كما لو كان عليه دين [بشهادة، فطولب][٨] به بغير إشهاد.

ولأنه مقر في مال غيره، فلا يلزمه إقراره؛ كما لو أقر بموت رب الدين، وأن هذا الحاضر وصيّته على ولده في قبض دينه، [فلا يلزمه][٩] الدفع إليه؛ وهذا ما علل به ابن أبي هريرة.

وذهب المزني إلى [أنه][١٠] يجب عليه الدفع؛ كما في مسألة الوارث الآتية.

[قال الإمام:][١١] وحكى شيخي عن بعض الأصحاب موافقة المزني، وفي تعليق القاضي الحسين ما يوافقه[١٢]؛ كما سنذكره.

وقال بعده: إن الحكم في مسألة الوصية كالحكم في الوكيل.

على أنه يمكن أن يفرق بينهما بتقدير تسليم الحكم في مسألة الوصية - كما قاله ابن أبي هريرة، وهو الذي يقتضيه كلام أبي الطيب - بما أبداه أبو الطيب سؤالا على[١٣] أبي حنيفة، [وهو أن في إلزامه][١٤] تسليم المال

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) في أ، د: والمودع.
(٣) في جـ: صدقهما.
(٤) في أ: كذبهما.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في أ: قولان.
(٧) زاد في التنبيه: له.
(٨) في أ: بشهادة شاهد وطولب.
(٩) في أ، د: فإنه لا يلزمه.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) في د: ما يقويه.
(١٣) في جـ، د: عن.
(١٤) سقط في أ، وفي د: وهو أن إلزامه.

[إلى][(١)] الذي اعترف له بالوصية إسقاط حق الحاكم الذي ثبت له في ذلك المال؛ بخلاف مسألة الوكالة.

قلت: ولو قيل بوجوب الدفع إلى الوكيل عند التصديق؛ إذا لم يكن عليه [بالحق][(٢)] بينة - لم يبعد؛ كما قلنا في أن من عليه حق بغير بينة: ليس له أن يمتنع من أدائه لمستحقه بعذر الإشهاد؛ فإنه قادر على دفع ما يطلب منه بأن يجيب بأنه لا حق [له][(٣)] عليه.

فرع: لو ادعى شخص أنه وكيل[(٤)] في مخاصمة زيد، وصدقه، فهل يستمع الحاكم الخصومة [فيه وجهان في البحر قبيل الكلام في مسألة الكتاب][(٥)].

قال [في البحر][(٦)] عند الكلام في العزل: مذهب الشافعي: أن[(٧)] [ذلك][(٨)] لا يقبل منهما، ولا تُسمع مخاصمتهما؛ لما فيه من إثبات الحجة على صاحبهما.

وقال ابن سريج: يقبل الحاكم ذلك منهما، ويسمع مخاصمتهما[(٩)]؛ لأن إقرار الوكيل على الموكل غير مقبول؛ فلم يكن فيه إضرار به، وإنما هو إقامة بينة على المطلوب، وذلك يجوز مع حضور الموكل [و[مع][(١٠)] غيبته؛ وهذا ما حكاه القاضي الحسين في تعليقه، وقال: إن الوكيل إذا أنكر الوكالة؛ للمدعي تحليفه][(١١)]؛ وقال في موضع آخر: تثبت الوكالة[(١٢)] وله أن يمتنع عن[(١٣)] مخاصمته، وحكى أنه إذا وكله في الخصومة؛ فالقياس يقتضي ألاّ يختص بالمجلس؛ حتى يملك المخاصمة بعد التفرق في مجلس آخر، غير[(١٤)] أن القضاة اصطلحوا على اختصاص الوكالة في الخصومة بذلك المجلس، لما رأوا عادات الناس: أنهم يقصدون بالمطلق الخصومة في مجلس العقد دون غيره [أما لو ادعى شخص: أنه وكيل فلان في مخاصمة زيد، وصدقه، ففي الإشراف: أن له

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وكل.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) زاد في أ، د: الحاكم.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) في د: تخاصمهما.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في د.
(١٢) زاد في د: له.
(١٣) في أ، د: من.
(١٤) في أ: على.

المخاصمة، وكذا له تحليفه إن أنكر؛ قاله ابن القاص(١)، وطرده فيما إذا ادعى: أنه وصي فلان، وحكي عن غيره: أنه لا يحلفه على ذلك؛ لأنه لم يدع لنفسه شيئًا عليه](٢).

وفي التتمة: أنه لا خلاف في جواز المخاصمة، ولكن هل تجب؟ الحكم فيها كالحكم فيما لو ادعى: أنه وكيله في قبض الحق، وصدقه.

[وفي البحر: في الفروع المذكورة قبل كتاب: الشهادات: أن [ابن](٣) أبي أحمد قال: إذا صدق المدَّعى عليه المدعي في الوكالة(٤)، وأنكر المدعى به، وأقام الوكيل بينة بالدين المدعى - لا تسمع البينة؛ لأن الوكالة لا تثبت بإقراره إلا ببينة تقوم عليه؛ قلته تخريجًا.

وقال قبيل الكلام في مسألة الكتاب من كتاب الوكالة: هل يسمع الحاكم الخصومة؟ فيه وجهان](٥).

واعلم أن محل الخلاف في وجوب الدفع إذا لم يقم الوكيل بينة بالوكالة، أما إذا أقام عدلين [عليها](٦)، ليس أحدهما بولد للمدعي، ولا للمدعى عليه - [فلا خلاف](٧) في وجوب الدفع، واحتمال عزل الموكل في الغيبة إن نفَّذناه مدفوع بما في ذلك من تعطيل الوكالة في الغيبة.

قال القاضي الحسين: ولا يستقصى في أمر الشهود على ذلك حسبما يستقصى في الشهود على(٨) أصل المال، ولا يحتاج في إقامة هذه البينة إلى حضور الخصم(٩)، خلافًا للقاضي الحسين، فإنه قال: لا بد من شخص ينصبه القاضي فيدعي عليه [الوكيل، ويقيم](١٠) البينة في وجهه؛ إذا كان الخصم غائبًا؛ لأنه قضاء بالبينة فيقتضي مقضيًّا عليه.

[وحكى الإمام عنه في باب: الامتناع من اليمين: أنه يحضر الخصم، ويدعي

---

(١) في د: أبي القاضي.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: الجعالة.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج، د.
(٧) في د: فالخلاف.
(٨) في ج: في.
(٩) في د: الحاكم.
(١٠) في أ: الرد أو يقيم.

عليه: إني[١] مستحق مخاصمتك[٢] بتوكيل فلان إياي؛ لأن الوكالة حق آدمي؛ فينبغي أن ترتبط بخصم[٣] عند مخالفة[٤] الإثبات.

وفي البحر قبل[٥] كتاب الشهادات في [ضمن فرع][٦] من الفروع: أن ابن سريج قال: إن الاحتياط ذلك، بعد أن قال: إن عند الشافعي لا يحتاج إلى ذلك؛ فإنه قال: وليس الخصم من الوكالة بسبيل][٧].

ولو كان الشاهدان ولدي[٨] الموكل، سمعت شهادتهما، قال الماوردي: لأنهما يشهدان على أبيهما[٩].

وجزم المحاملي، والبندنيجي بعدم القبول؛ لأنها شهادة له؛ فإنهما يثبتان بشهادتهما تصرفًا عن الموكل.

وحكى ابن الصباغ ذلك عن بعض الأصحاب، ثم قال: وفيه نظر؛ لأن هذه وكالة تثبت بقول الموكل، ويستحق الوكيل بذلك المطالبة بالحق، وما يثبت بقوله يثبت بشهادة القرابة عليه؛ كالإقرار.

قال: وإن قال: أنا وارثه - [أي: ولا وارث له غيري][١٠] [وبيَّن جهة الوراثة - كما قيده في الفتاوى][١١] فصدقه، وجب الدفع إليه؛ لأنه اعترف له بملك الحق، وأن الدفع إليه مبرئ في الظاهر؛ لعدم إمكان ظهور خلاف المدعى؛ وهذا نصه.

وحكى القاضي الحسين، [وكذا الإمام في كتاب الإقرار][١٢]: أن من الأصحاب من خرج من[١٣] مسألة الوكالة إلى هاهنا قولًا: أنه لا يلزمه الدفع، ومن هاهنا)[١٤] إلى ثَمَّ قولًا: أنه لا يلزمه، وجعل المسألتين[١٥] على قولين.

ثم قال: والصحيح: أن المسألة على قولين؛ فإن المزني أشار إلى قولين

---

(١) في أ: أنه.
(٢) في أ: مخاصمته.
(٣) في أ: الخصم.
(٤) في أ: حلوله.
(٥) في أ: من.
(٦) في أ: فروع.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: ولدا.
(٩) في أ: عدالتهما.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في جـ، د.
(١٣) في د: في.
(١٤) في د: هنا.
(١٥) في جـ: المسألة.

في كتاب الإقرار.

وفي الرافعي: أن هذا الطريق ينقل عن أبي إسحاق.

وأيد المتولي قول عدم الوجوب في مسألة الوارث في باب الإقرار: بأن أحد الوارثين إذا أقر بوارث، وكذبه الآخر، لا يثبت النسب، ولا الإرث، فكيف بإقرار الأجنبي، ثم فرق بأن القصد من إقرار الوارث النسب، فإذا لم يثبت؛ [لم يثبت](1) فرعه، والقصد من إقرار الأجنبي المال دون النسب؛ فلذلك يثبت، [ولو لم](2) يثبت أصله؛ كما لو أقر: أنه ضمن عن زيد مالًا، وأنكر زيد المال؛ فإن الضامن يؤاخذ به.

قال: وإن قال: **أحالني عليك، وصدقه**(3)، **فقد قيل: يجب الدفع إليه**؛ كالوارث؛ فإنه اعترف بانتقال الحق إليه؛ وهذا هو الظاهر في تعليق القاضي الحسين، والأصح(4) في التهذيب؛ والرافعي، وهو الذي يقتضي كلام القاضي أبي الطيب في كتاب الحوالة الجزم به.

قال: **وقيل: لا يجب**؛ لأن الدفع غير مبرئ في الظاهر لو أنكر المحيل الحوالة، فألحق بالوكالة؛ وهذا ما اختاره في المرشد، إلا أن يكون التصديق عن علم بالحوالة؛ فإنه يجب.

ومثل(5) هذا الخلاف يجري - كما حكاه الرافعي - فيما إذا أقر بأن من له الحق أوصى به لزيد.

وقال في التهذيب: إنه ملحق بمسألة الوارث؛ حتى يلزمه الدفع؛ على الأصح.

والذي يظهر: أن ما قاله الرافعي أصح؛ لأن إنكار الورثة متوقع؛ كإنكار المحيل.

قال: فإن(6) **جاء صاحب الحق، فأنكر** - أي: وحلف - **وجب على الدافع الضمان**؛ لأن الأصل عدم التوكيل، والحوالة، ولصاحب الحق مطالبة القابض - أيضًا - إذا كان الحق عينًا، دون ما إذا كان دينًا.

وعن أبي إسحاق المروزي: أن له مطالبته - أيضًا - إذا كان دينًا في مسألة

---

(1) سقط في أ.
(2) في أ: وإن لم.
(3) في التنبيه: فصدقه.
(4) في أ: والإصطخري.
(5) في د: على.
(6) في التنبيه: وإن.

دعوى الوكالة؛ إذا كان المال المأخوذ باقيًا في يده؛ كما دل عليه كلام ابن الصباغ، وصرح به الرافعي، وقال: إن هذا القول هو ما أجاب به الشيخ أبو حامد في التعليق.

وقال القاضي أبو الطيب: إن هذا من غلطات أبي إسحاق.

وحكى القاضي الحسين هذا الوجه، ولم ينسبه إلى أبي إسحاق، وقيد مطالبة الوكيل بما إذا كان من عليه الدين معسرًا.

ثم إذا غرَّم صاحبُ الحق الوكيلَ، لم يرجع على المقبوض منه، وإن غرم المقبوض منه، لم يرجع على الوكيل، إلا أن يكون ما قبضه منه في يده، أو تلف بتفريطه؛ فإنه يرجع عليه بطريق(١) الظفر؛ [صرح به أئمة العراق.

ولو دفع من عليه الحق الحقَّ إلى الوكيل من غير أن يصدقه، رجع عليه عند الغرم،](٢) صرح به الإمام، وغيره.

وكذا له أن يرجع على الوارث، والموصى له، والوصي(٣)؛ إذا ظهر صاحب الحق حيًّا؛ بخلاف ما لو ظهر له وارث آخر؛ فإنه لا يرجع على القابض؛ كما صرح به المتولي في الإقرار.

وكذا لا رجوع عليه عند إنكار المحيل الحوالة.

ولو كذَّب من عليه الحق مدعي الوكالة، والإرث، والحوالة، والإيصاء في(٤) الوصية - فالقول قوله، ولا يجب عليه الدفع، وهل يجب عليه الثمن؟

قال الأصحاب: حيث قلنا: يجب الدفع إذا أقر، توجهت اليمين عند الإنكار، وحيث لا نوجب الدفع عند الإقرار، فلا يجب اليمين عند الإنكار.

وحكى القاضي الحسين والرافعي(٥): أنها تجب - أيضًا - إذا قلنا: إن اليمين مع النكول بمنزلة البينة.

وفي الشامل، والبحر: أن قياس مذهبنا: أنه لا يسمع من الوكيل الدعوى؛ لأن الوكيل بالخصومة لا يدعي قبل ثبوت وكالته عندنا.

---

(١) في أ، د: من طريق.
(٢) سقط في د.
(٣) في ج: والموصي.
(٤) في أ: و.
(٥) في ج: في الرافعي.

فرع:[(١)] ذكر صاحب البحر في أواخر[(٢)] كتاب الضمان: إذا كتب سفتجة بلفظ الحوالة، ووردت[(٣)] على من عليه دين، لزمه أداؤه بأربع شرائط:

أن يعترف بدين الكاتب والمكتوب [له][(٤)].

وأن هذا كتاب المحيل.

وأنه أراد بكتابته الحوالة[(٥)] ليس إلا، فالمذهب[(٦)] الذي يوجبه القياس: أنه لا يلزمه.

ومن أصحابنا من قال: يلزمه.

ولو لم يعترف بالكتاب، ولكنه أجاب إلى دفع المال؛ ليكون مضمونًا عليه إلى أن تصح الحوالة - جاز، ولكن[(٧)] هل له استرجاعه قبل ظهور الحوالة؟ فيه وجهان.

ولو كانت السفتجة بلفظ الأمر، والرسالة، لم يلزم المكتوبَ إليه الدفعُ.

ومن أصحابنا من قال: إذا اعترف بالخط[(٨)]، لزمه، وهو غير صحيح.

قال: وللوكيل أن يعزل نفسه متى شاء، وللموكل أن يعزله متى[(٩)] **شاء**؛ لأن الوكالة عقد إرفاق على تصرفٍ[(١٠)] في المستقبل، ليس من شرطه تقدير [العمل، لا الزمان][(١١)]؛ فكان لكل من العاقدين فسخه؛ كالجعالة.

والمعنى في ذلك: أن الموكل قد يبدو له في الأمر الذي أناب به، أو في إنابة ذلك الشخص، وقد لا يتفرغ له الوكيل، والإلزام يضر بهما، أو يسد باب الإعانة من جهة الوكيل.

ثم لا فرق فيما ذكرناه بين أن يتعلق لثالث[(١٢)] بالوكالة حقٌّ - كما[(١٣)] في بيع المرهون - أو لا، ولا بين أن تكون الوكالة بصيغة الأمر [أم لا][(١٤)] [ولا بين أن تكون بجعل][(١٥)] أو: لا[(١٦)].

---

(١) في أ، د: فروع.
(٢) في جـ: آخر.
(٣) في د: وردت.
(٤) سقط في جـ.
(٥) زاد في د: ولو أنكرت الحوالة.
(٦) في أ: والمذهب.
(٧) في أ، جـ: لكن.
(٨) في جـ: بالخطا.
(٩) في التنبيه: إذا.
(١٠) في أ: تصرفه.
(١١) في أ: الأعمال والأزمان.
(١٢) في أ، جـ: كثالث.
(١٣) في أ: حكما.
(١٤) سقط في أ، جـ.
(١٥) سقط في أ.
(١٦) في أ، د: أم لا.

وحكى الرافعي عن بعض المتأخرين فيما إذا كانت الوكالة بصيغة الأمر - كقوله: بع، أو[1] أعتق - أن الوكيل لا ينعزل برد الوكالة[2]، وعزل نفسه؛ لأن ذلك إذن، وإباحة؛ فأشبه ما إذا أباح الطعام لغيره؛ فإنه لا يرد[3] برد المباح له؛ وأن الإمام أورد هذا على سبيل الاحتمال قلت: وظاهر كلامه يقتضي تسليم ما ادعاه في الإباحة، وهو قضية قول الإمام: إنه لا أثر لقوله: رددت الإباحة.

وكلام الشيخ في المهذب يقتضي خلاف ذلك؛ فإنه استدل بجواز عزل الوكيل نفسه، وعزل الموكل له: بأنه إذن في التصرف في ماله؛ [فجاز لكل منهما إبطاله؛ كالإذن في أكل الطعام.

وفي بحر المذهب حكاية وجه فيما إذا دخل الوكالة العوض][4]: أنها لازمة، كالإجارة؛ وهذا أبداه الرافعي احتمالًا؛ بناء على أن الاعتبار بمعاني العقود، دون ألفاظها.

ثم صيغة العزل: أن يقول [الوكيل][5]: عزلت نفسي من الوكالة، أو يقول الموكل: عزلتك عنها، ويقوم مقام ذلك قول أحدهما: فسخت[6] الوكالة أو: نقضتها[7]، وكذا لفظ الإزالة، والصرف.

وأما العزل الضمني، فيحصل بخروج ما تعلق به التوكيل عن الموكل بالبيع، والإبراء، والعتق[8]، والطلاق، والحجر - في بعض[9] الصور - ونحو ذلك.

فرع: لو وكل زيدًا ببيع سلعة سماها، ثم قال وكلت عمرًا بما وكلت به زيدًا، لم يكن ذلك عزلًا[10]؛ على الأصح، وكانا وكيلين له في بيعها.

وفي الحاوي في كتاب الوصية: أن بعض أصحابنا قال: إنه يكون عزلًا للأول.

قال: وإن[11] **عزله، ولم يعلم الوكيل، انعزل في أحد القولين**؛ لأنه رفع عقد لا يعتبر فيه رضا أحدهما؛ فلا يعتبر فيه علمه به؛ كالطلاق.

ولأنه لما لم يكن [علمه][12] معتبرًا في فسخ الوكالة بالشرع - كما بالجنون

---

(١) في جـ، د: و.
(٢) زاد في أ: عليه.
(٣) في أ، د: يرتد.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: فسخنا.
(٧) في د: أو بعضها.
(٨) في أ: أو العتق.
(٩) في أ، جـ: نقض.
(١٠) في جـ: حجرًا.
(١١) في التنبيه: فإن.
(١٢) في جـ: بيان علمه له.

ونحوه - ولا بفسخها ضمنًا ببيع الموكل فيه اتفاقًا - ففي فسخها بصريح العزل أولى؛ وهذا هو الأصح[١].

قال: دون الآخر؛ لأن الوكالة تشتمل على شيئين:

أحدهما: التصرف.

والثاني: الإمساك[٢]، ثم ثبت أن الإمساك باق بعد العزل[٣] حتى يعلم به الوكيل؛ فكذلك التصرف.

ولأن نفوذ العزل قبل بلوغ الخبر إليه يسقط البت بتصرفه[٤].

وحكى ابن الصباغ: أن من أصحابنا من حكى هذا الخلاف وجهين مبنيين على قولين[٥] نص عليهما الشافعي فيما إذا وكل في استيفاء القصاص فتنحى به الوكيل، فعفا[٦] الموكل، ثم قتله الوكيل-: أن الوكيل هل يجب عليه الضمان أم لا؟

وقد أجرى هذا الخلاف - أيضًا - في انعزال القاضي قبل بلوغ الخبر إليه، لكن الصحيح فيه عدم الانعزال؛ لكثرة الوقائع وعسر تتبعها بالنقض.

وأجرى - [أيضًا][٧] - في نسخ الحكم قبل بلوغ الخبر.

وبعضهم جزم بأن من شرط النسخ بلوغ الخبر، وتمسك فيه بعدم أمر النبي ﷺ أهل قباء بإعادة ما صلوه إلى بيت المقدس بعد نسخ القبلة.

التفريع:

إن قلنا بالأول، فتصرف الوكيل بعد العزل باطل، لكن لا يقبل قول الموكل فيه إلا ببينة، أو تصديق من تعلق حقه بالتصرف.

ولو سلم ما باعه بعد العزل فهل[٨] يصير ضامنًا للسلعة؟ حكى في البحر أن القاضي أبا الطيب قال: رأيت المحصلين[٩] من أصحابنا [لم يزيدوا على بطلان التصرف، ولم يتعرضوا لذكر الضمان.

---

(١) في أ، د: الصحيح.
(٢) في أ: الامتثال.
(٣) في أ، د: الفسخ.
(٤) في جـ: متفرقة.
(٥) زاد في أ، د: مبنيين.
(٦) في أ: ثم عفا.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: فهو.
(٩) في أ: المخلصين.

ورأيت بعض أصحابنا][(١)] في الكلام مع المخالف سلم أنه إذا سلمها [للمشتري، ضمن

وإن قلنا بالثاني، فبلغ الوكيل العزل ممن يقبل][(٢)] روايته، انعزل حينئذ، دون ما [إذا][(٣)] كان المبلغ صبيًّا أو فاسقًا؛ كذا حكاه الرافعي.

ويظهر أن يكون الحكم في ذلك كما في بلوغ الخبر بالبيع إلى الشفيع.

قال: وإن خرج الوكيل، أو الموكل عن أن يكون من أهل التصرف بالموت، أو الجنون، أو الإغماء - انفسخت الوكالة؛ لأنه لا يملك التصرف بنفسه، فمن هو من جهته من طريق الأولى.

وحكي عن صاحب التقريب: أنه تردد جوابه في الانعزال بالجنون الذي يطرأ ويزول عن[(٤)] قرب، فضبط الإمام موضع التردد بألَّا يكون امتداده[(٥)] بحيث يبطل المهمات، ويحوج إلى نصب القوام[(٦)].

وفي بحر المذهب نسبة عدم الانعزال في هذه الحالة إلى ابن سريج.

وحكى الغزالي وجهًا مطلقًا: أنه لا يقتضي العزل.

وقال القاضي الحسين: عندي في الإغماء إشكال؛ لأن المنصوص فيه أنه يلزمه قضاء الصوم.

وقال في كتاب الحجر: ظاهر المذهب: أنه لا يقتضي العزل، وحكاه[(٧)] غيره وجهًا، وهو الأظهر عند الإمام، وكذلك صححه في الوسيط، لكنه احتج له بأن المغمى عليه لا يلتحق بمن يولى عليه، والمعتبر في الانعزال التحاق الوكيل أو الموكل بمن[(٨)] يولى عليه[(٩)].

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ. (٣) سقط في أ.
(٤) في أ: من. (٥) في جـ: استزاده. (٦) في جـ: الهوام.
(٧) في أ: وحكى. (٨) في أ: متى.
(٩) قوله: وقال - يعني القاضي - في كتاب الحجر: ظاهر المذهب أن الإغماء لا يقتضي العزل. وحكاه غيره وجهًا، وهو الأظهر عند الإمام؛ ولذلك صححه في «الوسيط»، لكنه احتج له بأن المغمى عليه لا يلتحق بمن يولى عليه، والمعتبر في الانعزال: التحاق الوكيل أو الموكل بمن يولى عليه.
وهذا منه يدل على أن مراده إذا لم تطل مدته بحيث يولى عليه. انتهى كلامه.
وما نقله عن «الوسيط» من التعليل بالعلة المذكورة التي تقتضي تخصيص الحكم بقصر المدة غلط؛ فإن هذه العلة لم يذكرها الغزالي في «وسيطه»، بل صحح أنه لا ينعزل مطلقًا، على خلاف ما في =

وقد صرح في بحر المذهب بحكاية الخلاف في هذه الحالة عن رواية القاضي أبي على الزجاجي، وأن مدته إن طالت، اقتضت العزل.

وحكى في كتاب الشركة: أن الإغماء إن استمر حتى مضى عليه وقت صلاة واحدة - انفسخت الشركة، وإن لم يمض [ذلك](١) فلا.

فروع:

إذا خرج أحدهما عن أن يكون أهلًا للتصرف بالردة - على قول - نُظِر:

فإن كان الموكل، بطلت الوكالة فيما خرج عن أن يكون من أهل التصرف [فيه](٢).

وإن كان الوكيل، فلا عند الجمهور، وخلافًا لما حكاه المتولي.

وإن خرج بالفلس(٣)؛ انعزل وكيله فيما لا ينفذ تصرفه [فيه بنفسه](٤) في حال الفلس، ولا ينعزل هو عن وكالة غيره؛ على الأصح؛ بناء على أن الحَجْر لا يتعدى لنفسه.

وإن خرج بالسفه، انعزل وكيله عما لا يصح تصرفه فيه في حال سفهه، وكذلك هو ينعزل في ذلك وحكم طريان الرق على الموكل والوكيل بالاسترقاق حكم(٥) طريان السفه.

وطريان السكر هل يقتضي العزل؟

قال القاضي الحسين في كتاب الحجر: إن قلنا: إن طلاقه [لا ينفذ، اقتضاه، وإلا فلا. وقال هاهنا: إن قلنا: إن طلاقه](٦) يقع فلا ينعزل، وإن قلنا: لا يقع(٧)؛ فهو كالإغماء.

وطريان الفسق(٨) يقتضي العزل فيما العدالة شرط فيه.

قال: وإن وكل عبده(٩) **في شيء، ثم أعتقه احتمل أن ينعزل**؛ لأنها من جهة السيد أمر؛ بدليل أن العبد يلزمه الامتثال، وإذا كان(١٠) كذلك، زالت بالعتق؛

= «الوجيز»، ولم يتعرض لتعليلٍ، وقد وقع في كلام الرافعي هنا ما يوهم ذلك، وكأنه السبب فيما وقع للمصنف، ولم يصحح في «البسيط» شيئا. [أ و].

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: بالعكس.
(٤) في أ: لنفسه.
(٥) في أ: وحكم.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) زاد في: هل.
(٩) في التنبيه: عبدًا.
(١٠) في أ: كانت.

كسائر الأوامر[١].

واحتمل ألاَّ ينعزل؛ كما لو وكل زوجته، ثم طلقها.

وقد حكى الإمام [والرافعي][٢] [هذا][٣] اختلافًا عن ابن سريج، وأنه مبني على أنه توكيل محقق، أو استخدام وأمر؟ فإن قلنا بالأول، بقي الإذن بحاله؛ لأنه صار أكمل مما كان.

وإن قلنا بالثاني، ارتفع الإذن؛ لزوال الملك؛ وهذا ما اختاره في المرشد، وقال في البحر: إنه اختيار ابن سريج.

وعلى هذا لا يشترط قبوله.

ولو قال العبد قبل العتق: عزلت نفسي، فهو لغو.

وقد حكى الإمام عن العراقيين في هذه المسألة[٤]: أن أمره على سبيل الإلزام كدأب السادة[٥] في استخدام العبيد، فإذا أعتقه، انقطع الأمر.

وإن نص على التوكيل وقرنه بالتخيير، فقال: [قد][٦] وكلتك في هذا، ولم أكلفك بحكم ملكي، فإذا أعتقه لا[٧] ينعزل، وإن أطلق، ففي المسألة وجهان، واستحسن هذا.

ثم قال: «وصاحب التقريب أطلق الوجهين، ولم يفصل، [ولا يبعد][٨] حمل[٩] الأمر على عموم الزمان». انتهى.

وقد أقام بعضهم هذا وجهًا فارقًا بين أن تكون الصيغة صيغة [أمر؛ فينعزل، وبين أن تكون صيغة][١٠] توكيل؛ فلا.

ثم الخلاف يجري - كما حكاه العراقيون - فيما إذا وكله، ثم باعه.

وحكاه الإمام مرتبًا[١١] على العتق، وأولى بألَّا يكون عزلًا، وضعف الفرق.

ثم إذا قلنا: لا ينعزل، فعليه استئذان السيد [الثاني][١٢] فيما يفتقر فيه إلى إذنه

---

(١) في أ: الأمر.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في جـ: قال.
(٥) في أ: الشهادة.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) في أ، د: فلا.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: حكم.
(١٠) سقط في د.
(١١) في جـ، بناء.
(١٢) سقط في أ.

في الابتداء، ولو تصرف [فيه][(١)] من غير إذنه - نفذ.

وأبدى الإمام فيه احتمالًا.

وقد أجرى بعضهم الوجهين فيما إذا توكل عن أجنبي بإذن السيد، ثم أعتق، أو بيع[(٢)]؛ كما حكاه ابن الصباغ، وغيره.

وبعضهم جزم بعدم الانعزال، وقال في البحر: إنه الأشبه.

وقال في الحاوي فيما إذا باعه: إن الوكالة بطلت، لكن إذا أذن له السيد الجديد، هل يكتفى به حتى لا يحتاج إلى إعادة الوكالة [أو لا يكتفي به][(٣)]؟

فيه وجهان:

[أصحهما: الثاني][(٤)].

والكتابة كالبيع والإعتاق في جريان الوجهين.

فروع[(٥)]:

إذا وكله في بيع شيء، ثم أجره، قال في التتمة: انعزل الوكيل. وإن قلنا بجواز بيع المستأجر؛ لأنه علامة على الندم؛ لأن[(٦)] من يريد بيع شيء[(٧)]، لا يؤجره؛ فإنها تقل الرغبات في المبيع.

وكذا لو زوج الجارية.

وفي طحن الحنطة وجهان:

والعرض على البيع، وتوكيل وكيل آخر - لا يقتضي العزل.

قال: وإن تعدى الوكيل - أي: فيما وكِّل فيه - مثل: إن انتفع به بوطء، أو استخدام[(٨)]، لم يكن فيه مصلحة، أو جعله في غير[(٩)] حوزةً.

قال: انفسخت الوكالة - [أي:][(١٠)] فيما تعدى فيه، دون غيره - لأنها عقد أمانة؛ فبطلت بالخيانة؛ كالوديعة؛ وهذا ما قال الإمام: إنه المذهب؛ كما هو

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ، د: أبيع.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: فرع.
(٦) في جـ: لا.
(٧) في أ: ملكه.
(٨) زاد في أ: أو لبس.
(٩) في جـ: غيره.
(١٠) سقط في أ.

قضية[1] كلام الشيخ[2].

فعلى هذا لا يملك التصرف إلا بعقد جديد وإن أحدث له استئمانًا.

ولا يجري هذا القول فيما إذا [تعدى بالقول، مثل: إن باع بأقل من ثمن المثل، ونحوه، ولم يسلم؛ لأنه لم يجر منه تعدٍّ فيما وكل فيه؛ كما صرح به في البحر.

ويتجه أن يجيء فيه وجه؛ كما حكاه الماوردي فيما إذا][3] أوصى المودع بالوديعة لغير أمين ولم يسلمها: أنه يضمن إذا تلفت قبل موته؛ لأنه سلطه عليها بالإيصاء؛ نظرًا لهذه[4] العلة.

قال: **وقيل: لا تنفسخ**؛ لأن الوكالة تضمنت الأمانة، والتصرف، فإذا بطل أحدهما، لم يبطل الآخر؛ كعقد[5] الأمانة لما تضمن الأمانة[6] والوثيقة، لم تبطل الوثيقة ببطلان الأمانة، ويخالف الوديعة؛ فإنها لا شيء فيها غير الأمانة؛ وهذا هو الأصح في البحر، وغيره.

فعلى هذا إذا باع؛ نفذ بيعه، وما يقبضه من الثمن يكون أمانة في يده، ومتى يزول عنه الضمان؟

قال القاضي أبو الطيب: عندي أنه يزول بمجرد البيع؛ لأنه صار ملكًا للمشتري.

وقال غيره من الأصحاب لا يبرأ إلا بالتسليم، وهو الذي صححه المتولي هنا.

وقال في كتاب الغصب: إذا وكل الغاصب في بيع المغصوب صح[7]، [ثم][8] إذا باعه يحكم ببراءته عن الضمان، فإن انفسخ العقد قبل التسليم بتلف

---

(١) في جـ: قصة.

(٢) قوله - نقلا عن الشيخ-: وإن تعدى الوكيل انفسخت الوكالة. ثم قال ما نصه: وهذا ما قال الإمام: إنه المذهب، كما هو قضية كلام الشيخ. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن الإمام غلط؛ فإن الذي عزاه في «النهاية» إلى المذهب إنما هو عدم الانعزال؛ فإنه قال: فرع: إذا أسلم الرجل عينا إلى وكيله، ووكله ببيعها، فتعدى الوكيل في العين، وصار ضامنا بعدوانه - فالمذهب: أنه لا ينعزل عن البيع، وأبعد بعض أصحابنا فقضى بانعزاله؛ قياسا على انعزال المودع؛ فإنه لا يعود أمينا وإن ترك العدوان، مع اطراد الأمر بالحفظ على الأزمان. هذا لفظ الإمام. [أ و].

(٣) سقط في جـ.

(٤) في أ، د: إلى هذه.

(٥) في أ، جـ: لعقد.

(٦) في جـ، د: الرهن.

(٧) في جـ: يصح.

(٨) سقط في أ.

المبيع، أو مقابلِهِ، فإن قلنا: إن التلف يرفع العقد من أصله، كان المبيع من ضمان الوكيل، وإن قلنا: من حينه، فلا؛ لأن الضمان فرع الملك والملك تجدد؛ فلا يجب الضمان إلا بسبب مجدد، ولم يوجد؛ لأن المالك رضي بيده(١).

قلت: وهذا البناء يقتضي أن يكون الصحيح أنه يبرأ بنفس العقد، كما صرح به القاضي، وصار(٢) إليه.

ولو انفسخ العقد بسبب العيب، فالذي رآه(٣) ابن الصباغ: أنه يعود مضمونًا على الوكيل بعد قبض المشتري له؛ لأن المشتري قبض لنفسه، لا للموكل، فحكمنا بالبراءة؛ لأجل ذلك، فلما فسخ العقد، انفسخ القبض؛ فعاد الضمان؛ وهذا ما حكاه القاضي الحسين في تعليقه، ونسبه في البحر إلى بعض الأصحاب.

ثم قال: والصحيح عندي: أنه لا يعود مضمونًا عليه؛ لأن فسخ القبض من وقته، لا من أصله - على أصلنا - فلا يضمن [ما ثبت](٤) بسبب حادث؛ وهذا ما جزم به المتولي في كتاب الغصب، وإن كان الرد قبل القبض؛ بناء على أنه لا يرفع العقد [من](٥) أصله، على الصحيح، والله أعلم.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به:

[أحدها:] شهادة الوكيل لموكله بما وكله فيه غير مسموعة في حال وكالته، وكذا بعد عزله؛ إن انتصب فيها مخاصمًا، وإن لم ينتصب مخاصمًا، فوجهان(٦)، أصحهما: القبول(٧).

قال الإمام: وقياس المراوزة: أن يعكس؛ فيقال: إن لم يخاصم(٨)، تقبل شهادته، وإن كان قد خاصم، وعزل، فوجهان.

ورأى أن هذا فيما إذا جرت الشهادة على تواصل(٩)، فأما إذا طال الفصل؛ فالوجه: القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه.

[الفرع الثاني:](١٠) الوكيل بالخصومة لا يملك الإقرار على موكله، لكنه إذا

---

(١) في جـ: به.
(٢) في جـ: فصار.
(٣) في أ: رواه.
(٤) سقط في جـ، وفي أ: ما يثبت.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: فيه وجهان.
(٧) في أ: العزل.
(٨) زاد في جـ: لم.
(٩) في أ، د: تواصله.
(١٠) سقط في أ.

أقر بما لو ثبت، لم يكن للوكيل المخاصمة[١]، لا يثبت ذلك بالنسبة إلى الموكل، وانعزل الوكيل.

وحكى ابن كج وجهًا: أنه لا ينعزل.

والوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه لا يقبل منه تعديل بينة المدعي؛ كما حكاه الإمام؛ لأنه كالإقرار في كونه قاطعًا للخصومة، وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار.

وقال في الوسيط: لا شك أن تعديله [وحده][٢] لا ينزل منزلة إقرار الموكل بعدالتهم، لكن ترك[٣] شهادته [فيها][٤] مطلقًا بعيدٌ؛ لأن التعديل غير مستفاد من الوكالة.

[الفرع الثالث:][٥] إذا وكله في السلم في شيء، فأسلم فيه الوكيل، ولم يصرح بالسفارة، ثم أبرأ الوكيل المسلم إليه من ذلك - نفذت البراءة ظاهرًا.

وإذا أنكر المسلم إليه أن المسلم وكيل[٦]؛ فالقول قوله مع اليمين[٧] على نفي العلم، وللموكل الرجوع على الوكيل إذا أوجبنا الغرم بسبب الحيلولة؛ كما هو الأظهر، لكن بماذا؟

الذي حكاه الإمام عن العراقيين - وهو موجود في كتبهم -: أنه رأس المال؛ فإنه لو رجع بقيمة المسلم فيه، كان اعتياضًا [عنه][٨].

[وهذا منهم بناء على اعتقادهم: أن أخذ البدل اعتياض؛ كما حكيناه عنهم في باب القرض][٩]، واستحسنه الإمام، وكذلك جرى عليه الغزالي في الوسيط، وهو مناقض لما حكاه في باب السلم: أنه يجوز أن يأخذ القيمة عنه؛ للحيلولة، [وقياسه][١٠] أن يأخذ منه هاهنا المثل، هكذا[١١] قال الرافعي: إنه [رآه][١٢] في تعليق أبي [حامد][١٣]، وهو محمول على ما إذا كان المسلم فيه مثليًّا.

---

(١) في أ: الخصومة.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ، د: رد.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: وكيله.
(٧) في أ: يمينه.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في جـ، د: كما.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) سقط في أ.

ثم على ما قاله الغزالي هاهنا من أن [أخذ](١) القيمة عن المسلم فيه اعتياض - سؤال؛ لأنه جزم عقيب المسألة فيما إذا باع عينًا بطريق الوكالة، وأبرأ عن الثمن(٢) - بأن الوكيل يضمن للموكل مبلغ الثمن، لا قيمة المبيع، وكان قياس قوله في المسلم فيه: ألا يضمن الوكيل إلا بدل المبيع؛ لأن هذا يكون اعتياضًا عن الثمن مِن غير مَن هو عليه، [وهذا](٣) لا يصح على الصحيح عنده وعند بعضهم؛ كما نبهت عليه في أواخر القرض، والله أعلم.

[الفرع الرابع](٤) - لو وكل وكيلين على الاجتماع والافتراق(٥)، ثم عزل أحدهما، [ولم يعين،](٦) فوجهان في البحر:

أحدهما: أن كل واحد منهما على جواز التصرف ما لم يعلم أنه المعزول.

والثاني: أن كل واحد منهما معزول عن التصرف.

[الفرع الخامس:](٧) لو وكل عشرة أنفس على الاجتماع، ثم قال: عزلت أكثرهم، انعزل منهم ستة، وإذا عينهم هل لمن بقي [منهم](٨) التصرف في ذلك الشيء؟

فيه وجهان في البحر.

[الفرع السادس:](٩) إذا جحد الوكيل الوكالة(١٠)، هل يكون ذلك عزلًا؟ فيه ثلاثة أوجه في الوسيط: أصحها: ثالثها، وهو إن [قال ذلك](١١) عن نسيان، أو لغرض في إخفائها - فلا، وإن أنكر مع العلم، فهو رد من جهته.

قال الرافعي: ولم أعثر على هذه المسألة في النهاية، ولكن(١٢) أورد قريبًا من هذه الأوجه في أن إنكار الموكل التوكيل، هل يكون عزلًا؟

قلت(١٣): الذي حكاه الإمام في إنكار الموكل وجهان:

أصحهما: ألَّا يكون عزلًا [وأشهرهما: أن يكون عزلًا](١٤)، وأبدى الثالث احتمالًا.

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: اليمين.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج: والإفراق.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في ج: الوكيل.
(١١) في ج: ذكر الجحد.
(١٢) في أ، د: لكن.
(١٣) في أ: قلنا.
(١٤) سقط في ج.

وقال في كتاب التدبير: لو قال الموكل بعد ثبوت الوكالة [لوكيله][(١)]: [لست بوكيلي][(٢)]، وجب القطع بخروجه عن كونه وكيلًا، بعد أن حكى الوجهين في [أن][(٣)] إنكار الوكالة هل هو عزل أم لا؟ والله - عز وجل - أعلى وأعلم بالصواب.



(١) سقط في ج.
(٢) في أ، د: وكيلي.
(٣) سقط في ج.

باب الوديعة

الوديعة: اسم لعين يضعها مالكها، أو من يقوم مقامه من ولي ونائب، عند آخر؛ ليحفظها له.

وهى مأخوذة من: ودع الشيء يدع، إذا سكن واستقر؛ فكأنها مستقرة ساكنة عند المودع.

وقيل: من قولهم: فلان في دَعَةٍ: أي: [في][1] خفض من العيش؛ لأن الوديعة في دعة من[2] المودع غير مُبْتَذَلة[3] بالانتفاع.

وبما ذكرناه من القيود تخرج[4] العين في يد الملتقط، والثوب إذا طيَّره الريح إلى دار آخر ونحوه؛ فإن حكمه مغاير لحكم[5] الوديعة، كما سنذكره.

ويقال: أودعته: دفعت إليه وديعة، وأودعته: قبلت منه وديعته، كذا حكي عن الكسائي.

قال الأزهري: والأول معروف دون الثاني.

والمودع - بكسر الدال - صاحب المال، وبفتحها: من عنده المال.

والأصل فى[6] مشروعية الوديعة قبل الإجماع:

من الكتاب قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء:٥٨]، وقوله تعالى:﴿فَلْيُؤَدِّ ٱلَّذِى ٱؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ﴾ [البقرة:٢٨٣]، وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ ...﴾ [الآية][7] [آل عمران:٧٥].

ومن السنة: قوله ﷺ: [«عَلامَةُ الْمُنَافِقِ ثَلاثٌ[8]: إِذَا قَالَ كَذَبَ، وَإِذَا وَعَدَ

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: عند.
(٣) في د: مستبدلة.
(٤) زاد في أ: مخرج.
(٥) في ج: بحكم.
(٦) في أ، ج: على.
(٧) في أ: إلى آخرها، وفي ج: إلى آخر الآية.
(٨) في أ: ثلاثة.

أَخْلَفَ، وَإِذَا اؤْتُمِنَ خَانَ»[١]، وقوله ﷺ:] «أَدِّ الأَمَانَةَ إِلَى مَنِ ائْتَمَنَكَ، وَلا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»[٢]، خرجه الترمذي عن أبي هريرة، وقال: إنه حسن صحيح. وما روي أنه ﷺ كانت عنده ودائع، فلما أراد الهجرة إلى المدينة تركها عند أم أيمن، وخلَّف عليًّا ليردها إلى[٣] أهلها[٤].

و[من] المعنى: أن بالناس حاجة إلى التعاون[٥] بها ماسة، وضرورةً حاقَّةً لعوارض الزمان؛ فلأجل ذلك جوزت.

ولا شك في استحباب قبولها إذا كان الذي عرضت عليه أمينًا قادرًا على القيام بها؛ لقوله ﷺ: «وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ»[٦].

وقد تجب إذا لم يكن ثَمَّ من يصلح لها غيره، وخاف إن لم يقبل أن تهلك، كما صرح به في «المهذب» وغيره. وهو محمول على أصل القبول دون أن يتلف منفعة نفسه وحرزه[٧] من غير عوض، كما نبه عليه الشيخ أبو الفرج.

وقال في «المرشد»: لا يجوز له في هذه الحالة أخذ الأجرة على الحفظ؛ لأنه صار واجبًا عليه، وإنه يجوز له أخذ أجرة[٨] مكانِها.

ولو كان ممن يعجز عن القيام بها ولا يثق بأمانة نفسه، لم يجز له قبولها، صرح به في «المهذب» وغيره.

ولو كان يقدر على حفظها إلا أنه غير واثق بأمانة نفسه:

فمنهم من يقول: لا يجوز له القبول.

---

(١) أخرجه البخاري (١/ ١١١) كتاب الإيمان، باب علامة المنافق (٣٣) وأطرافه في (٢٦٨٢، ٢٧٤٩، ٦٠٩٥)، ومسلم (١/ ٧٨) كتاب الإيمان، باب بيان خصال المنافق (٥٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٠) كتاب البيوع، باب: في الرجل يأخذ حق من تحت يده (٣٥٣٤، ٣٥٣٥)، والترمذي (٣/ ٥٦٤)، كتاب البيوع، باب: (٣٨) (١٢٦٤)، والدارمي (٢/ ٢٦٤) كتاب البيوع، باب: في أداء الأمانة واجتناب الخيانة.

(٣) في أ، جـ: على.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٢٨٩).

(٥) في أ: التفاوت.

(٦) أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٧٤) كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر برقم (٣٨/ ٣٦٩٩).

(٧) في أ: وجوزه.

(٨) في أ: الأجرة.

ومنهم من يقول: يكره، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - [ذكر قريب][(١)] من ذلك في «باب اللقطة».

قال الإمام: وقد تردد أئمتنا في تسمية الوديعة عقدًا [أم لا][(٢)]، وإن سبب الاختلاف الاتفاق على أن القبول من المودع ليس بشرط.

وقال القاضي الحسين: إن الخلاف مبني على أن الصبي إذا أتلف مال الوديعة هل يجب عليه الضمان؟ وفيه قولان، فإن قلنا: لا يجب، فهي عقد، وإلا فلا.

والذي يدل عليه إطلاق الجمهور: أنها عقد، وكذلك قال الشيخ: وللمودِع والمودَع فسخها[(٣)].

قال الإمام: وليس للاختلاف[(٤)] في أنها عَقْدٌ فائدةٌ فقهية.

قلت: بل له فوائد، ذكر هو منها فائدتين في باب الزيادة في الرهن؛ حيث قال: لو أودع بهيمة[(٥)] أو جارية فولدت في يد المودَع، ففي ولدها وجهان:

أحدهما: أنه وديعة.

والثاني: لا، وهذا القائل يقول: إنه ليس مضمونًا؛ بل هو كالثوب تهب به الريح فتلقيه في دار إنسان، ثم قال: وهذا الخلاف له التفات على[(٦)] خلاف الأصحاب في أن الوديعة له عقد أم لا.

وهذا ما صرح به القاضي الحسين هاهنا وغيره.

ثم قال الإمام: ومن أدنى آثار الخلاف: أنه لو أودع وشرط شرطًا فاسدًا، فمن جعل الوديعة عقدًا أفسدها، ولا بد[(٧)] من ائتمان جديد، وإلا كان كما لو طيَّر الريح الثوب.

وإن لم يجعل الوديعة عقدًا فالشرط لا يؤثر فيها أصلًا، بل يلغو الشرط الفاسد، ويبقى موجب الإيداع، وحكى[(٨)] القاضي الحسين في باب الوكالة [طريقة][(٩)] ثالثة - حكاها عنه الغزالي هاهنا - وهي أن المودَع إذا عزل نفسه

---

(١) في أ: ذكره قريبًا.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: فسخ الوديعة.
(٤) في جـ: الاختلاف.
(٥) في جـ: بهمة.
(٦) في أ: فسخ الوديعة.
(٧) في جـ: فلابد.
(٨) في أ: وجعل.
(٩) سقط في جـ.

في غيبة المودِع هل ينعزل؟ وفيه وجهان ينبنيان[١] على أن الوديعة عقد أم لا؟

فإن قلنا: ليست بعقد، فلا ينعزل؛ لأن ابتداءه بالفعل [فكذا رفعه[٢] وجب أن يكون بالفعل][٣].

وإن قلنا: إنها عقد، فإذا عزل نفسه انعزل، وتنقلب أمانةً، فإن هلكت قبل التمكن من الرد على المالك لم يضمن، وبعد التمكن [على وجهين][٤]، ومراده: أنها تنقلب أمانة - أي: من جهة الشرع - كما إذا طير الريح الثوب. وقد صرح في «الوسيط» وغيره بجريان الخلاف في طيران الثوب، كما صرح به القاضي عند التلف بعد العزل.

والمجزوم به في طرق العراق - كما حكاه ابن الصباغ في كتاب الرهن وغيره-: أنه متى تمكن من الرد في مسألة طيران الثوب ونحوها، فلم يعلم المالك بها ولم يرد: أنه[٥] يضمن، مع الجزم بأن الوكيل إذا عزل لا[٦] يضمن ما لم يطالب بالرد فيمتنع منه، وفرق أبو الطيب بأنه وضع اليد على العين في الوكالة بإذن صاحبها، بخلاف الثوب، وهذا بعينه موجود في الوديعة؛ فإن وضع اليد عليها كان بإذن مالكها.

وقد حكى الإمام في مسألة طيران الثوب إلى داره أن ذلك بمنزلة الالتقاط، وفيه خلاف، وقال هاهنا: إنه حكاه في فصل الركاز من كتاب الزكاة.

فإن جعلناه لقطة لم يَخْفَ[٧] حكمه، وإن لم نجعله لقطة فهو أمانة، وفي وجوب الإشعار بها تردد، والظاهر: أنه لا يجب طلب المالك؛ فإن وجوبَ التعريف في معارضة[٨] تسليط الملتقط على التملك[٩]، وذهب بعض أصحابنا إلى وجوب الإشعار به.

قال - رحمه الله-: **لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف**؛ لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي، والمجنون، والسفيه والعبد - إن جعلنا له ملكًا - كالبيع.

---

(١) في أ: يبنيان.
(٢) في أ: دفعه.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: فيه وجهان.
(٥) في أ: بأنه.
(٦) في جـ: لم.
(٧) في جـ: لم يجب.
(٨) في أ: معارضته.
(٩) في أ: التمليك.

قال: إلا عند جائز التصرف؛ لأن مقصوده حفظ المال فافتقر إلى من هو أهل له، والعبد[١] وإن[٢] كان أهلًا للحفظ لكن منافعه مستحقة للسيد.

قال: فإن أودع صبيٌّ مالًا ضمنه المودع؛ لوضع يده عليه بغير إذن معتبر كالغاصب.

قال: ولا يبرأ إلا بالتسليم إلى الناظر في أمره؛ كما لو غصبه، وفي هذا الحصر نظر؛ فإن الصبي لو أتلف المال المودع من غير تسليط من المودع عنده عليه، فالذي يظهر: براءته؛ فإن فعل الصبي لا [سبيل إلى احباطه][٣] وتضمينه مال نفسه محال؛ فتتعين البراءة[٤]، وحينئذ يحمل[٥] كلام الشيخ على البراءة بالتسليم لا بغيره.

واعلم أن إطلاق الشيخ تضمينَ الأخذ محمولٌ على ما إذا لم يخشَ المودَع من تلف المال باستهلاكه له إن لم يقبله.

أما إذا خشي[٦] عليه فقد حكى في «المهذب» و«التهذيب» في وجوب ضمانه إذا تلف في يده في هذه الحالة وجهين؛ بناء على ما إذا أخذ المحرم صيدًا من جارحةٍ هل يضمن؟ وفيه وجهان، وجه المنع: أنه وضع يده عليه من غير ائتمان.

وفيما قالاه نظر من حيث إن أخذ الوديعة في هذه الحالة من جائز التصرف واجب، كما حكينا عنهما التصريح به من قبل فمن الصبي أولى، وإذا كان الأخذ واجبًا لم يتجه جعله مضمونًا؛ لأن الضمان سببه[٧] التعدي، والتعدي مع الوجوب لا يجتمعان، والمسألة المبني عليها الخلاف لا يجب فيها تخليص الصيد من الجارحة، ولو فرض وجوبه كان إيجاب الضمان مشكلًا لما ذكرناه وقد اختار في «المرشد» عدم الضمان [كما هو الصحيح في المسألة المبني عليها][٨].

---

(١) في أ: فالعبد. (٢) في جـ: فإن. (٣) في جـ: لا يمكن إحباطه.

(٤) قوله: وإن أودع صبي مالا ضمنه المودع عنده: ولا يبرأ إلا بالتسليم إلى الناظر في أمره.
ثم قال: لكن لو أتلف الصبي المذكور ما أودعه من غير تسليط، فالذي يظهر: براءته؛ فإن فعل الصبي لا سبيل إلى إحباط فعله، ويستحيل تضمينه مال نفسه؛ فتعينت البراءة. انتهى كلامه.
وهذا الذي ذكره بحثا واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه، قد صرح به الرافعي في أوائل كتاب الجنايات، قبل الفصل الثاني المعقود للمماثلة، ذكره في أثناء تعليلٍ. [أ و].

(٥) في جـ: فنحمل. (٦) في أ: لم يخش.

(٧) في أ: مسببه. (٨) سقط في جـ.

قال: **وإن أودع صبيًّا مالًا[١]، فتلف عنده بتفريط أو غير تفريط - لم يضمنه؛** لأنه لا يلزمه الحفظ فلم يلزمه الضمان؛ كما لو تركها عند بالغ من غير إيداع، وإن فرط فيه.

قال: **وإن أتلفه ضمنه؛** لأنه لم يسلطه على الإتلاف فضمنه؛ كما لو أذن له في دخول داره لأكل شيء فأتلف غيره، وهذا ظاهر المذهب في «البحر»، والأظهر في «الشامل».

قال: **وقيل: لا يضمن؛** كما لو باع منه شيئًا وسلمه إليه.

والفرق على الأول: أن البيع يتضمن[٢] التسليط على التصرف، بخلاف الإيداع، وقد حكى بعض الأصحاب هذا الخلاف قولين، وبعضهم وجهين، وهو يجري بعينه في السفيه، كما صرح به أبو الطيب في كتاب الحجر وغيره. وأجراه الماوردي أيضًا فيما لو أعار من السفيه شيئًا فأتلفه.

وإذا أودع من العبد: فإن تلف في يده فلا ضمان، وإن[٣] أتلفه: فإن قلنا: يضمن الصبي بالإتلاف[٤]، تعلق الضمان [برقبة العبد][٥]، وإن لم نضمِّن الصبي تعلق الضمان بذمة العبد لا برقبته.

قال: **ومَنْ قَبِلَ الوديعة لزمه حفظها؛** لأنه مقصود الوديعة وقد التزمه، ومن هاهنا يؤخذ أن الوديعة لا تتم إلا بالقبول، ومن ضرورته الإيجاب؛ إذ لا يعقل[٦] قبول بدونه، أما ما يقوم مقام القبول فقد يعقل انفراده كما إذا قال الأب: اشتريت من نفسي هذا لولدي؛ فإنه يكتفى به على رأي.

وقد اتفق الأئمة على أن الإيجاب هاهنا لا بد منه، وأنه[٧] يتعين فيه اللفظ الدال على الاستحفاظ؛ كقوله: استودعتك هذا، أو: أودعتك، أو: استحفظتك، أو: أَنَبْتُك في حفظه، أو: احفظه، أو: هو وديعة[٨] عندك، وما في معناه. فلو وضعه بين يدي غيره ولم يتلفظ بشيء لم يحصل الإيداع - وإن كان قد قال قبل ذلك: أريد أن أودعك - حتى لو قبضه صار ضامنًا له.

---

(١) في التنبيه: مالاً صبيًّا.
(٢) في جـ: تضمن.
(٣) في أ: ولو.
(٤) في جـ: الإتلاف.
(٥) في جـ: برقبته.
(٦) في أ: لا يعقد.
(٧) في أ: فإنه.
(٨) في أ: في وديعتك.

وأما القبول فقد قال في «الوسيط»: إن في اشتراطه لفظًا ما ذكرناه في الوكالة، وهاهنا أولى بألا يشترط؛ لأنها أبعد عن مشابهة العقود؛ وسوى بينهما في «الوجيز» حيث قال: وصيغتها كصيغتها(١).

ومقتضى هذا: أنه لا بد من القبول باللفظ على رأي مطلقًا كما صرح به في «التهذيب»، وبعضهم بناه على قولنا: إن الوديعة عقد، وبعضهم(٢) يفصل بين أن يكون بصيغة العقود، أو بصيغة الأمر.

وعلى رأي - وهو مذهب العراقيين-: أنه يحصل بالقول والفعل، فعلى هذا: إذا قال: أودعتك هذه، ووضعها بين يديه، وقبل ذلك، أو وضع يده عليه، أو قال: ضعه - كما حكاه في «التهذيب»، تمت الوديعة، وإن لم يوجد شيء من ذلك فلا ضمان على المودَع إذا تركها.

وفي «التتمة»: أن الإيداع لا يتم بقوله: ضعه، ما لم يقبضه(٣).

وفي «فتاوي» الغزالي: أن الوضع إن كان في يده، فقال: ضعه - دخل المال في يده، وأنه لو قال له: انظر إلى متاعي في دكاني، فقال: نعم - فهذا التماس(٤)؛ لكونه على سبيل التبرع؛ فلا يضمن بتركها.

فرع: لو قال: أودعتك هذا بعد شهرٍ - صح، جزم به في «البحر»، وفي «حليته»، وقال الرافعي: القياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة.

ولو قال: أودعته لك اليوم وفي الغد لا يكون وديعة [، كان وديعة في الكل. ولو قال: أودعته لك على أن ترده غدًا،](٥) وبعد غد يكون وديعة، فلم يردها، وتلفت في اليوم الثالث - ضمن، صرح به في «البحر».

قال: **في حرز مثلها**؛ لأن الإطلاق يقتضيه، وله أن يحرزها بمن [يثق به](٦) استعانة، مثل أن يقول لغلامه: احفظها(٧) في الصندوق ونحوه، صرح به في «البحر»، وغيره نسبه إلى ابن سريج.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه إذا فعل ذلك من غير ضرورة ضمن. ولعله

---

(١) في ج: بصيغتها.
(٢) في أ: وعلى رأي.
(٣) في أ: يقبض.
(٤) في ج: التباس.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج: ينوبه.
(٧) في أ، ج: اجعلها.

محمول على ما إذا فعل ذلك وترك الملاحظة؛ فإن الإمام حكى في هذه الحالة ترددًا، وأن في بعض التصانيف التصريح بالمنع، و[أن][(١)] الذي يشعر به فحوى كلام الأئمة الجواز.

أما إذا كان مع ذلك ملاحظًا لها[(٢)] فلا وجه له.

قال الإمام: ولو كان الموضع الذي[(٣)] هي فيه خارجًا عنه، وكان لا يلاحظها أصلًا، وفوض الحفظ إلى من يتصل به من ولد وزوجة وجارية - فالظاهر تضمينه.

ولا نزاع في أن له أن ينقل[(٤)] الوديعة من الموضع الذي أحرزها فيه إلى غيره، سواء كان مثله أو فوقه [أو دونه إذا كان حرز مثلها؛ كما لو وضعها فيه ابتداء، ولا فرق بين أن ينقلها مع ماله أو دونه][(٥)].

قال الماوردي: وقياس قول الإصطخري أنه إن أحرزها مع غير ماله أو نقلها مع غير ماله ضمن، كما سنذكره عنه في الدابة.

قال: **فإن قال: لا تقفل عليها قفلين، أو: لا ترقد عليها، فخالفه[(٦)] في ذلك - لم يضمن**؛ لأنه زاده خيرًا بمبالغته في الحفظ.

قال: **وقيل: يضمن** - أي[(٧)]: إذا سرقت؛ لأنه أغرى[(٨)] بها السارق. قال القاضي أبو الطيب: والصحيح الأول، وهو ما قاله الشافعي، ولا اعتبار بما ذكر هذا القائل؛ لأنه لو قال: عندي وديعة وحالها كذا[(٩)] وصفتها[(١٠)] كذا[(١١)]، فسمعه لص، فسرقها - لم يضمن؛ فأولى إذا نبه عليها بالنوم ألا يضمن.

قلت: وما قاله القاضي من الاستشهاد قد يمنعه القائل[(١٢)] بهذا الوجه، وقد حكى العبادي: أن رجلًا لو قال للمودَع: عندك لفلان وديعة[(١٣)]؟ فأخبر بها ضمنها؛ فإن كتمانها من حفظها، فإذا أخبره فقد ترك الحفظ، وقال بعض

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: له.
(٣) في جـ: التي.
(٤) في أ: ينقد.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: مخالفة.
(٧) في أ: لأنه.
(٨) في أ: نحرًّ.
(٩) في جـ: كذي.
(١٠) في جـ: وقضيتها.
(١١) في جـ: كذي.
(١٢) في جـ: القليل.
(١٣) في أ: عندي وديعة.

الخراسانيين: إن هذا الوجه إنما إذا قال المالك ذلك خشية من إغراء السارق، أما لو قاله تحقيقًا عن المودع فلا يضمن وجهًا واحدًا.

ولو تلف الصندوق بالرقاد عليه أو ما فيه ضمنه وجهًا واحدًا.

وجزم القاضي الحسين بعدم الضمان في الصندوق إذا كان محرزًا، وقال فيما إذا كان في خزانة [غير محرزة: ينظر][١] إن سرق من جوانبه[٢] ضمن؛ لأن المالك إنما أمره بألا يرقد عليه حتى يحفظه من الجوانب، وقد جاء التلف من جهة المخالفة. وإن[٣] سرق من رأس الصندوق لم يضمن؛ لأن التلف لم يأت من ناحية المخالفة. وهذا أصل، وهو إذا شرط المالك شرطًا لا يقتضيه مطلق الإيداع، فخالفه المودع؛ لكونه[٤] رأى الاحتياط في تركه، فإن جاء التلف من ناحية المخالفة ضمن، وإلا فلا.

وحكى المتولي فيما إذا سرق من الجانب[٥] وجهين، قال الرافعي: أظهرهما - وهو المذكور في «الوجيز» -: أنه يضمن؛ لأنه إذا رقد عليه فقد أخلى جنب الصندوق، وربما لا يتمكن السارق من الأخذ إذا كان بجنبه، وهذا مصور بما إذا كان الجنب الذي سرق[٦] منه لو لم يرقد على ظهره لكان قد رقد فيه، وقد أجرى الخلاف في الأصل فيما لو قال: لا تقفل عليها فقفل، أو: لا تغلق باب الدار، فأغلقه[٧]، أو: لا ترقد عند الصندوق، فرقد عنده.

تنبيه: تاء «تقفل» مضمومة، وفاؤه مكسورة، يقال: أقفل يقفل.

وقاف «يرقد» مضمومة، يقال: رَقَدَ يرقد رقدًا ورقودًا ورقادًا، إذا نام، فهو راقد، وهم رقود، وهي راقدة، والرقْدَة: النومة.

والمَرْقَد: المضجع، والمُرْقِد: دواء معروف يُرْقِدُ من يشربه.

قال: **وإن قال له**[٨]: **احفظ في هذا الحرز، فنقله**[٩] **إلى ما دونه - ضمن**، أي: وإن كان حرز مثله؛ لأنه لم يرضَ به، وحكى أبو الفرج الزاز وجهًا غريبًا أنه لا يضمن إذا كان حرز مثله.

---

(١) في جـ: محرزًا.
(٢) في أ، جـ: خزانته.
(٣) في جـ: فإن.
(٤) في جـ: لكنه.
(٥) في جـ: الجوانب.
(٦) في أ: يسرق.
(٧) في أ، جـ: فغلقه.
(٨) سقط في التنبيه.
(٩) في جـ: فنقل.

ولو نقله إلى مثله أو فوقه لم يضمن، وحمل التعيين على تقدير الحرز به دون التخصيص الذي لا غرض فيه، كما إذا استأجر أرضًا لزراعة الحنطة؛ فإن له زراعة[١] مثلها.

وقيل: إن تلفت[٢] بسبب انهدام الثاني ضمن؛ لأنه جاء من جهة المخالفة[٣]؛ كما لو اكترى دابة فوضعها في الإصطبل ووقع عليها.

وإن[٤] تلفت لا بسبب النقل، بأن كانت حيوانًا فمات لم يضمن، حكاه المتولي، وألحق السرقة من الثاني مع سلامة الأول بالانهدام، ووافقه عليه صاحب «التهذيب».

قال الرافعي: ولفظ «الوجيز» في الإجارة يقتضي إلحاق السرقة والغصب بالموت، وكذلك أورده بعضهم.

وحكى الإمام: أن في كلام صاحب «التقريب» وجهًا ثالثًا، وهو أنه إن نقل إلى مثله ضمن، وإن نقل إلى خير منه لم يضمن.

ومحل ما ذكرناه: إذا كان الحرز للمودَع، أما إذا[٥] كان للمالك فوجهان في «الحاوي»:

أحدهما: أن الحكم كذلك؛ تغليبًا لحكم الحفظ المعين.

والثاني: لا يجوز، ويضمن؛ اعتبارًا بالتعيين القاطع للاختيار.

قال: **وإن نهاه عن النقل عنه، فنقله إلى مثله**، أي: من غير خوف، وتلف بسبب الثاني - **ضمن**؛ لمخالفته، وهذا ظاهر كلام الشافعي، واختاره في «المرشد».

وقد أشار الغزالي إلى ما ذكرته بقوله: لا بأس بالعدول عن جهة حفظه[٦] إلى مثلها، لكن لو أفضى المعدول إليه إلى التلف وجب الضمان، وهو مستمد من القاعدة التي قررها[٧] القاضي الحسين.

قال: **وقيل: لا يضمن**؛ لتساوي الحرزين، وهذا قول أبي سعيد الإصطخري

---

(١) في أ: زرع.
(٢) في أ، جـ: تلف.
(٣) في جـ: المحالة.
(٤) في جـ: فلو.
(٥) في جـ: لو.
(٦) في جـ: حفظ.
(٧) في جـ: ذكرها.

وابن أبي هريرة، ومحله - كما صرح به المتولي والماوردي وغيرهما-: إذا كان البيت مختصًّا بالمودَع، أما إذا كان مختصًّا بمالك الوديعة بسبب ملك أو إجارة أو إعارة ضمن وجهًا واحدًا إذا لم يخف الهلاك، وعلى هذه الحالة حمل الإصطخري كلام الشافعي، وقد أجري هذا الخلاف فيما لو نقله عند النهي إلى حرز فوق المعين.

قال: وإن خاف عليه الهلاك في الحرز فنقله[١] **لم يضمن**، أي: وإن كنا نضمِّنه به لو لم يخف؛ لوقوف الاحتياط في هذه الحالة على النقل، ولا فرق في هذه الحالة بين أن ينقل إلى مثل الأول أو دونه إذا كان حرز مثله، ولا بين أن يكون ملكًا للمودَع أو للمودِع.

وفي «التتمة» تخصيص جواز النقل إلى ما دون الأول بما إذا لم يجد سواه، أما إذا وجد فعليه الضمان؛ لأنه خالف غرضه.

قال: فإن لم ينقله[٢] **حتى تلف ضمن**، أي: مع عصيانه؛ لتغريره به، وهذا ما جزم به الماوردي.

قال: وقيل: إذا[٣] **نهاه عن النقل** [، أي: وإن كان عاصيًا][٤] - **لم يضمن**؛ لأنه مطيع له؛ فأشبه ما لو قال له: أتلف مالي، فأتلفه.

والقائل الأول حمل النهى على حالة السلامة؛ إذ هو الذي يقتضيه العرف.

قال: وإن قال: **لا تنقل وإن خفت عليه الهلاك، فخاف الهلاك فنقل - لم يضمن**؛ لأنه موضع غرر وقد زاده خيرًا، وقيل: يضمن؛ للمخالفة.

ولو لم ينقل أثم على القولين معًا، صرح به المتولي، وكلام الغزالي في «الوسيط» يقتضي خلافه.

وقد بنى الغزالي والمتولي هذا الخلاف على ما إذا غصب من الغاصب ليرد على المالك فهلك في يده: هل يضمن؟ وفيه وجهان.

وبناه الماوردي على خلاف حكاه عن أبي إسحاق المروزي فيما إذا وكل في شراء عبد بعشرة، ونهى الوكيل عن الشراء بدونها: فهل الشرط صحيح[٥] حتى لا

---

(١) في أ: فنقل.
(٢) في التنبيه: ينقل.
(٣) في ج: إن.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: الصحيح.

يصح الشراء بدونها، أو يُلْغَى حتى يصح؟ وفيه وجهان، وأنهما جاريان هاهنا، فإن قلنا: الشرط صحيح، ضمن بالإخراج [ولا يضمن بالترك، وإن قلنا: إنه مُلْغًى، فلا يضمن بالإخراج، وهل][1] يضمن بالترك؟ فيه وجهان؛ كما إذا قال: لا تعلف الدابة[2]، فلم يعلفها حتى ماتت، والصحيح في غيره: أنه إذا أخرج أو ترك لا يضمن، والقائل بالضمان عند الترك هو الإصطخري.

وقد أجرى القاضي الحسين الخلاف المذكور في النقل عند خوف الهلاك فيما إذا دفع إليه ثوبًا، وأمره بتحريقه، فتركه في يده حتى تلف.

فرع: إذا نقل الوديعة من ظرف إلى ظرف [، فقد أطلق الغزالي أن الظرف][3] إن كان للمالك لا يضمن.

وأطلق مطلقون - والحالة هذه - أنه يضمن؛ كما لو نقلها من بيته.

قال الرافعي: والذى يتلخص من كلام الأصحاب: أنه إن لم يَجْرِ فتح قفل ولا فض ختم ولا خلط، ولم يعين[4] المالكُ ظرفًا - فلا يضمن بمجرد النقل، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك، وإن جرى شيء من ذلك، فإن كان فضًّا أو فتحًا ضمن.

قلت: وفيه شيء سأذكره: فإن[5] كان قد عين الظرف وهو للمالك ففي الضمان وجهان وجه عدم الضمان - وهو الأصح-: أن الظرف [والمظروف وديعتان ليس[6] فيه إلا أنه حفظ أحدهما في حرز والآخر في غيره[7]، وإن كانت][8] الظروف للمودع فهي كالبيوت بلا خلاف.

قال: وإن قال: اربطها في كمك، فأمسكها في يده - ففيه قولان:

أحدهما: يضمن؛ لأن الكم أحرز من اليد؛ فإنه قد يسهو فيرسل يده فيسقط ما فيها، بخلاف الكم، وإذا كان كذلك شابه[9] ما لو قال: احفظ في هذا الحرز، فنقل إلى ما دونه وهذا ما رواه الربيع في «الأم».

---

(١) في أ: وقيل.
(٢) في جـ: البهمة.
(٣) سقط في جـ.
(٤) زاد في جـ: للمال.
(٥) في أ: وإن.
(٦) في أ: وليس.
(٧) في أ: أضمن للآخر.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في جـ: شأنه.

قال: والثاني[(١)]: **لا يضمن**؛ لأن الكم يقدر الطرَّار على بَطِّهِ دون اليد فكانت أحرز، وهذا ما نص عليه في «المختصر» و«الجامع الكبير»، وهو موافق للنص فيما إذا نقل الوديعة من الحرز المعين إلى أحرز منه.

قال: وقيل: **يضمن قولا واحدًا**؛ لما تقدم، وهذا هو الصحيح، والقائلون به منهم من حمل ما نقله المزني [على ما إذا ربطها في كمه وترك اليد عليها؛ لأنه زاد خيرًا، ومنهم من حمله][(٢)] على ما إذا تلفت بأخذ غاصب؛ لأن اليد أحرز بالإضافة إليه، وهو ما اختاره الشيخ أبو حامد، وحكى الرافعيُّ أن لفظ النص في «عيون المسائل» مصرح بهذا التنزيل.

وقيل: إن تركها في يده للخوف عليها في الكم لم يضمن، وإلا ضمن.

ولو امتثل أمره فربطها في كمه فلا يحتاج مع ذلك إلى الإمساك باليد، لكن ينظر: إن جعل الخيط الرابط خارج الكم فأخذها الطرَّار ضمن؛ لأنه فيه إظهار الوديعة وحلُّه وقطعه أسهل، وإن ضاع بالاسترسال[(٣)] وانحلال العقد لم يضمن إذا كان قد احتاط في الربط؛ لأن الذي سقط يبقى في الكم، ولو جعل الخيط الرابط داخل الكم انعكس الحكم[(٤)].

قال الرافعي: وذلك مشكل؛ لأن المأمور به مطلق الربط، فإذا أتى به وجب ألا ينظر إلى جهة التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فأفضى إلى التلف، وإن قضية هذا أن يقال: إذا قال احفظ في هذا البيت، فوضعها في زاوية منه، فانهدمت عليها - يضمن؛ لأنها لو كانت في زاوية أخرى لسلمت، ومعلوم أنه بعيد.

تنبيه: قوله: اربطها، هو بكسر الباء على المشهور، وحكى الجوهري عن الأخفش ضمها. وربط، يربِط ويربُط، ربطًا: أي شد.

والكم: جمعه: أكمام، وكِمَمة، بكسر الكاف وفتح الميم.

قال: وإن قال: **احفظها[(٥)] في جيبك، فجعلها في كمه - ضمن**؛ لأن الجيب أحرز من الكم؛ فإن[(٦)] الكم قد يرسله فيسقط ما فيه، بخلاف الجيب.

قال: وإن قال: **احفظها في كمك، فجعلها في جيبه - لم يضمن**؛ لأنه زاده

(١) في جـ: وقيل.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: بالإرسال.
(٤) في جـ: الحال.
(٥) في أ، جـ: اجعلها.
(٦) في أ: لأن.

خيرًا، وفيه وجه ضعيف: أنه يضمن. ولو كان الجيب واسعًا غير مَزْرُورٍ ضمن.

تنبيه: الجيب من جاب يجوب، إذا قطع، يقال: جبت القميص، أجوبه وأجيبه[١]: أي قَوَّرْتُ جَيْبَهُ.

قال: **وإن أراد سفرًا ولم يجد صاحبها [ولا وكيله]**[٢]، أي: في تسليم تلك[٣] العين خاصة، أو في قبض أعيان أمواله[٤] كلها - قال: **سلمها إلى الحاكم**؛ لأن المالك[٥] لو كان حاضرًا وجب عليه القبول، فإذا كان غائبًا ولا وكيل له ناب الحاكم عنه في ذلك عند الحاجة إليه؛ كما لو خطبت المرأة ووليها غائب فإن الحاكم ينوب عنه في التزويج، ويجب على الحاكم في هذه الحالة القبول، بخلاف ما لو أراد الرد على الحاكم من غير سفر، كما سنذكره.

وحكى الإمام فيما إذا كان سفره عن[٦] اختيار من غير حاجة ولا ضرورة مرهقة اختلافًا عن العلماء المتكلمين في أحكام الأمانات[٧]، والشريعة محتاجة إليها، وليس للفقهاء اعتناء بها.

قال: **فإن لم يكن [سلمها إلى]**[٨] **أمين**؛ لأن النبي ﷺ كانت عنده ودائع بمكة، فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم أيمن، واستخلف[٩] عليًّا - كرم الله وجهه - في ردها.

وهل يجب على المودِع الإشهاد على الأمين؟ فيه وجهان، فإن لم يشهد على وجه الوجوب ضمن. والمراد بالأمين: من يأمنه المودِع غيره، كما صرح به في «البحر».

وحكى الرافعي عن رواية الشيخ أبي حاتم القزويني وجهًا: أنه يشترط أن يكون الأمين بحيث يودع المودِع عنده ماله، وأن الظاهر خلافه.

وقد أشار الماوردي إلى هذا الوجه - أيضًا - وقال: إنه قياس قول الإصطخري، كما سنذكره في إيداع البهيمة[١٠].

---

(١) في أ: أوجبته.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) في أ: بدل.
(٤) في أ: ماله.
(٥) في أ: الملك.
(٦) في أ: من.
(٧) في ج: الإيالات.
(٨) في التنبيه: فإلى.
(٩) زاد في أ: عليها.
(١٠) في ج: البهمة.

ولو كان الحاكم غير مأمون كان وجوده كعدمه، صرح به الماوردي.

قال: **فإن سلم إلى أمين مع وجود الحاكم ضمن**، قال القاضي أبو الطيب: لأن أمانة الحاكم مقطوع بها؛ فإنه لا يُوَلَّى إلا بعد أن تعرف عدالته ظاهرًا وباطنًا، وليس كذلك الواحد من الرعية؛ لأن عدالته إنما تثبت من طريق الظاهر؛ فكان عُدُوله عن الحاكم إلى الأمين غير جائز، كعدول الحاكم عن النص إلى الاجتهاد؛ لأنه إذا دفع الوديعة إلى الحاكم، حفظها بولاية على صاحبها؛ لأن ولايته في حفظ مال الغائب، وليس كذلك غيره، وهذا ظاهر قوله في الرهن، وبه قال أبو سعيد الإصطخري، وابن أبي هريرة، وابن خيران، واختاره الشيخ أبو حامد وصححه القفال، وصاحب «التهذيب» وغيرهم، وبه جزم بعضهم.

قال: **وقيل: لا يضمن**؛ لأن القصد الحفظ، وهما في الحفظ سواء، ولأنه يجوز له الدفع إليه عند عدم الحاكم فجاز مع حضوره كالدفع إلى الوكيل، وهذا ظاهر النص هاهنا، وبه قال أبو إسحاق، واختاره في «المرشد»، وقال صاحب «البحر» والبندنيجي: إنه المذهب: وبه قطع بعضهم؛ فيحصل به في المسألة ثلاثة طرق: القطع بالضمان.

القطع بعدمه[1].

إجراء قولين[2].

وسلك الإمام طريقًا آخر فقال: إن سلمه[3] إلى أمين[4] مع وجود المالك أو وكيله أو الحاكم ضمن، وإن سلمه إليه عند خلو البلد عنهم فظاهر النص هاهنا: أن له ذلك.

وقال الشافعي في كتاب الرهن: العدل الذي أودع[5] الرهن عنده، لو أراد سفرًا فأودع[6] ما عنده إلى أمين ضمن، وإنما قال ذلك في شُغُور المكان عن الحاكم، فلم يَرَ علماؤنا بين المسألتين فرقًا، وجعلوا المسألتين على قولين، ولا شك في أنه إذا وجد المالك فرد عليه وجب عليه القبول، وله الرد على الوكيل مع وجود المالك، وله مطالبة الوكيل بالإشهاد جزمًا، وإن كان قد قبض الوديعة

---

(١) في أ: لعدمه.
(٢) في جـ: القولين.
(٣) في أ: سلم.
(٤) في جـ: الأمين.
(٥) في أ، جـ: عدل.
(٦) في جـ: فأوقع.

منه كما قاله الماوردي، وهل يجب؟ فيه وجهان، وهل له مطالبة المالك بالإشهاد؟ فيه ثلاثة أوجه تقدم ذكرها في الوكالة.

ولو سلم إلى الحاكم مع وجود المالك أو[1] وكيله ضمن.

وعن الشيخ أبي حامد رواية وجه: أنه لا يضمن؛ لأن أمانة القاضي أظهر من أمانة المودع فكأنه جعل الوديعة في موضع آخر. فعلى هذا: لو دعاه المودع للإشهاد كان مخيرًا بينه وبين إعلام مالكها بالاسترجاع؛ فإن أخذها[2] واجب عليه، وهل[3] يجب على الحاكم القبول في هذه الحالة؟

قال في «التهذيب»: نعم.

وفي الرافعي: أنه لا وجه لوجوبه عليه إذا كان التسليم إلى المالك متيسرًا.

فرع: إذا أودع أمينًا عند إرادة السفر بشرطه، [ثُم قدم][4] المودع وأراد أن يسترد الوديعة من الأمين هل له ذلك؟

أبدى الإمام فيه احتمالًا، وقرَّبه من الخلاف في أن وكيل الوكيل [هل هو بمنزلته حتى يعزل بعزله وجنونه، أم هو وكيل الموكل؟][5]

والذى أجاب به العبادي: أن له استرجاعها، وعلى ذلك يدل قول الغزالي في «الوسيط»، والمتولي حيث قالا: لو ادعى الأمين الرد على المودع قبل قوله دون دعواه الرد على المالك.

قال: وإن دفن في دار، أي: المال المودع عند جواز[6] إيداعه الأمين.

قال: وأعلم به أمينًا يسكن الدار، لم يضمن على ظاهر المذهب؛ لأن ما في الدار في يد ساكنها فكأنه أودعه إياها، وهذا ما حكاه في «المهذب» و«التهذيب».

قال: وقيل: يضمن[7]، ويفارق إذا أودعها عنده؛ لأنه إذا أودعها إياه[8] فقد أزال يده عنها وجعلها في حكم الوديعة، وليس كذلك هاهنا؛ لأنها على حكم يده ولم يجعلها في يد غيره فلزمه الضمان، كذا وجهه القاضي أبو الطيب.

فعلى الأول - وهو الذي اختاره في «المرشد» - يشترط أن تكون الدار حِرْزًا

---

(١) في أ: و.
(٢) في جـ: أخذهما.
(٣) في أ: وهذا.
(٤) في أ: قد يقدم.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: حرار.
(٧) في أ: لا يضمن.
(٨) في جـ: أودعه إياها.

مثله، وهل يكتفى بإعلام أمين واحد، أم لا بد من إعلام رجلين ممن تقبل شهادتهما، أو رجل وامرأتين؟ فيه وجهان في «الحاوي».

وعلى[(١)] الثاني: لا بد من أن يحضر الدفن، ولا يلزمه أن يأذن لهما في النقل عند الخوف؛ لأن المغلَّب على ذلك الشهادة.

وعلى الأول - وهو قول ابن أبي هريرة، والظاهر في «الرافعي» - يجوز ألا يحضره، ويكتفى بإعلام ثقة، رجلًا كان أو امرأة؛ مراعاة لحكم الائتمان[(٢)]: وعلى هذا: هل يلزمه أن يأذن له في النقل إن حَدَث بمكانها[(٣)] خوف؟ فيه وجهان. فإن[(٤)] لم نوجبه، فنقلها الأمين عند الخوف فهل يضمن؟ فيه وجهان في «الحاوي».

ولو لم يُعْلِمْ بما دفنه أحدًا، أو أعلم به غير ساكن الدار، أو ساكنها لكنه غير أمين ضمن. وألحق الإمام - كما حكاه الرافعي - في إعلام المراقب للدار من الجوانب أو من فوقها، مراقبةَ الحارس بإعلام الساكن، والذي وقفت عليه في «النهاية»: أن بعض الأئمة أطلق الاكتفاء باطلاع الأمين مع كون الموضع حرزًا، وحكى عن أئمة العراق ما ذكره الشيخ واستحسنه، ثم قال: ولست أدري في ذلك خلافًا بين الطرق.

والاطلاع الذي ذكره غير العراقيين محمول على ما ذكره العراقيون، ولكنهم[(٥)] بينوه وفصَّلوه: فإن كانت الدار خالية والمطلع لا يدخلها، ولكنه يرعاها من فوق رعاية الحارس أو من الجوانب فلا يكاد يصل إلى الغرض، وإن أحاطت بالدار حياطته، وعمَّها في الجوانب برعايته[(٦)] - فهذه اليد التي تليق بالوديعة، وهي التي عناها العراقيون، وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يجوز أن يعلم من هو بعيد عنها؛ بناء على أن المغلَّب على[(٧)] هذا الإعلام الخبر، وطرده في الاكتفاء بإعلام العبد.

وقد صور الجيلي المسألة بما إذا دفن في الدار مع قدرته على الحاكم أو

---

(١) في أ: فعلى.
(٢) في أ: الإيمان.
(٣) في جـ: في المكان.
(٤) في أ: وإن.
(٥) في أ: لكنهم.
(٦) في أ: رعايته.
(٧) في أ: من.

أمينه؛ فتكون حقيقة الخلاف راجعة إلى جواز إيداع الأمين مع وجود الحاكم أو أمينه أو نائبه، وما قاله هو ما حكاه البندنيجي، والأكثرون على خلافه.

واعلم أنه كما يجوز[١] الإيداع بعذر السفر - كما تبين - يجوز بسائر[٢] الأعذار، كما إذا وقع في البقعة حريق أو غارة أو خاف الغرق ولم يجد حرزًا ينقلها إليه.

قال الرافعي: وليكن[٣] في معناه ما إذا أشرف الحرز[٤] على الخراب[٥]، ومن طريق الأولى يجوز الإيداع عند خوف الموت بحدوث[٦] مرض مخوف وما في معناه.

فإن لم يودع مع[٧] الإمكان، أو لم يوصِ بها عند عدمه حتى مات - ضمن.

قال الرافعي: لكن كأنا نتبين بالموت أنه كان مقصرًا من أول ما مرض، أو يلحق التلف إذا حصل بعد الموت بالتردي[٨] في بئر حفرها متعديًا.

وفي «التهذيب»: أن الوصية تكفي وإن أمكن الرد إلى المالك؛ لأنه لا يدري متى يموت، وإذا أوصى فليُشْهِدْ؛ صونًا لها عن الإنكار.

ويشترط أن يكون الموصى إليه[٩] أمينًا، وهل يشترط أن يكون ممن يوصي ماله إليه حتى لو أوصى بماله لشخص وبالوديعة لآخر هل يضمن؟ فيه وجهان في «الحاوي».

ولو أوصى إلى فاسق وسلم إليه ضمن، وإن لم يسلم وتلف قبل الموت فهل[١٠] يضمن؟ فيه وجهان في «الحاوي».

ولو قال: عندي وديعة لفلان، ووصفها، ولم توجد في تركته.

قال أبو إسحاق: لا يضارِب المقَر له بها مع الغرماء؛ لأنها أمانة فلا يضمن بالشك، وبهذا أجاب في «التهذيب»، وخالفه غيره.

قال في «المهذب»: وهو ظاهر النص.

---

(١) في أ: جوز.
(٢) في جـ: لسائر.
(٣) في أ: ولكن.
(٤) في جـ: الحور.
(٥) في أ: الهلاك.
(٦) في أ: محذور.
(٧) في جـ: عند.
(٨) في أ: كالتردي.
(٩) في أ: له.
(١٠) في أ: هل.

ولو وجد في تركته أثواب بذلك الوصف ضمن.

ولو وجد ثوب واحد ففي «التهذيب» و«التتمة»: أنه ينزل عليه، ومنهم من أطلق أنه يكون ضامنًا.

ولو مات المودَع ولم يوص، فادعى المالك أنه قصر في الإيصاء، وقال الورثة: لعل[١] الوديعة تلفت قبل أن يوصف بالتقصير.

قال الإمام: فالظاهر براءة الذمة[٢]، ولا خلاف أنه إذا مات فجأة أنه لا يضمن بترك الإيصاء.

فرع: لو سافر المودَع بالوديعة فهل يضمنها؟ ينظر: إن لم يجد[٣] من يودعه إياها وكان السفر مأمونًا والحضر مخوفًا، جازت المسافرة، ولا ضمان.

وإن كان الحضر مأمونًا أيضًا، فلا يجوز على النص، وبه قال أبو إسحاق، وصححه صاحب «التقريب»، فإن سافر بها ضمن.

وقال ابن أبي هريرة: يجوز، ولا ضمان؛ لاستواء الأمين في الحالين وفضل[٤] حفظها له بنفسه، وحمل قول الشافعي على حالة الخوف، وهذا ما اختاره القفال.

وقال الرافعي: إنه أظهر عند المعظم، وبه جزم في «المهذب» وقال: إنه يلزمه أن يسافر بها وإن سافر بها مع إمكان إيداعها ضمن.

---

(١) في أ: بعد.

(٢) قوله: وإذا مرض المودع عنده وجب عليه أن يوصي إلى أمين بأن يردها، وإلا يكن ضامنا. ثم قال: وإذا مات ولم يوصِ، فادعى المالك أنه قصر في ترك الإيصاء، وقالت الورثة: لعل الوديعة تلفت قبل أن يوصف بالتقصير - فالظاهر كما قاله الإمام: براءة الذمة. انتهى.
وما نقله عن الإمام في هذا التصوير غلط وقع للرافعي، فتبعه عليه النووي في «الروضة»، ثم المصنف؛ فإن الإمام تكلم فيما إذا ثبت الإيداع بطريقة، فذكر فيه صورتين: الأولى: أن يدعي الورثة التلف وتقول: لعله إنما لم يوصِ بها لأجل أنها تلفت على حكم الأمانة، ففيه تردد، وعدم الضمان أولى. ثم ذكر الثانية فقال ما نصه: وإن قالوا: عرفنا الإيداع ولكن لم ندرِ كيف كان الأمر، ونحن نجوِّز أن تكون الوديعة قد تلفت على حكم الأمانة؛ فلم يوصِ لأجل ذلك: فإن ضمنَّاهم في المسألة السابقة - وهي الجزم بدعوى التلف - فهاهنا أولى، وإن لم نضمنهم هناك فهاهنا وجهان: أحدهما: يجب؛ لأنهم لم يدعوا مسقطا، وهذا هو الأصح، والثاني: لا؛ لأن الأصل في الوديعة هو: الأمانة. انتهى كلامه. وحاصله: أن الصحيح في الصورة المذكورة في الكتاب على خلاف ما وقع فيه، وأن نسبة ذلك إلى الإمام غلط سببه اشتباه مسألة بمسألة على الرافعي فمن جاء بعده. [أ و].

(٣) في أ: يوجد.

(٤) في جـ: وصل.

وحكى القاضي أبو الطيب والرافعي وجهًا: أنه لا يضمن إذا كان الطريق آمنا.

قال الرافعي: وكذا لو سافر بها في «البحر» وكان الغالب منه السلامة، وحكى في موضع آخر: أنه يجوز له السفر مع أمن الطريق، وكون البلد المنقول إليها أحرز.

ولو أراد النقل من بلد إلى بلد وليس بينهما مسافة تسمى سفرًا: هل يجوز؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الجواز؛ كما لو اتصلت عمارتهما، وعلى هذا يراعى أيهما أحرز.

وقيل: لا يجوز؛ كما لو كان ما بينهما مخوفًا.

ولو أودعه وهو مسافر، له أن يسافر بها، قال الروياني: ولا يقال له(١) متى وصلت إلى عمارة فلا تفارقها ولا تخرج الوديعة. ونسب ذلك إلى القفال.

[تنبيه: قول الشيخ: ولم يجد صاحبها، يشمل ما إذا كان مسافرًا أو مَحُولًا بينه وبينه بحبس لا يصل إليه بسببه، وقد صرح بذلك في الحالة الثانية صاحب «البحر»، والقاضي الحسين حكاية عن أبي إسحاق، وأنه جعل تعذر الوصول كالغيبة، وأطلقه البغوي ولم ينسبه إلى أحد](٢).

قال: **وإن أودعه بهيمة**(٣)**، فلم يعلفها حتى ماتت** - أي: بسبب ترك العلف مدة [يموت مثلها](٤) بترك العلف فيها - **ضمنها**(٥)؛ لتعديه(٦) فإنه يجب عليه أن يعلفها لحق الله تعالى، ولأن به يحصل الحفظ الذي التزمه بقبوله الوديعة.

ولو لم تَمُتْ بعد انتهائها إلى تلك المدة، قال في «التهذيب»: ضمنها وإن لم تتلف جوعًا، وكذا لو دخلها نَقْصٌ ضمنه(٧).

ولو ماتت قبل مضي تلك المدة بسبب جوع سابق انضاف إليه(٨) جوعٌ في يده: فإن علم بالأول ضمنها، وإلا فوجهان في «التهذيب»، [وأظهرهما في «التتمة»]: عدم الضمان.

---

(١) في ج: إنه.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: بهمة.
(٤) في ج: تموت منها.
(٥) في التنبيه: ضمن.
(٦) في ج: بتعديه.
(٧) في ج: ضمنها.
(٨) في ج: أيضًا وإليه.

وإذا أوجبنا الضمان فالكل أو بالقسط؟ فيه وجهان][١].

ولا فرق في ذلك بين أن يأذن له المالك في العلف أو يطلق الإيداع. نعم، إذا أذن له في العلف ينظر: إن شرط له [الرجوع][٢] وقدَّر العلف رجع عليه، وإن لم يشترط الرجوع، أو لم يقدِّر العلف ففي الرجوع عليه وجهان في «الحاوي»، وألحق الرافعي الوجهين عند عدم اشتراط الرجوع بالوجهين فيما إذا قال له: أدِّ دَيْني، من غير شرط الرجوع، وقد قدمت في باب الضمان حكاية المختار منهما.

وإذا لم يأذن له في الإنفاق كان له عند حضور المالك أو وكيله مطالبته بالإنفاق عليها، أو[٣] استرجاعها[٤].

فإن كانا غائبين رفع الأمر إلى الحاكم وأثبته عنده ليفعل ما فيه المصلحة من إيجارها أو بيعها، أو بيع بعضها، أو الاستقراض عليها إذا كانت المؤنة خفيفة، وله أن يستقرض من المودع ويسلمه إلى عدل لينفق عليها، فلو أذن له بالإنفاق[٥] بنفسه فهل يجوز؟ فيه خلاف يأتي مثله في الكتاب في «باب الإجارة».

فإن جوزناه فهل يجب تقدير المنفق؟ فيه وجهان في الحاوي، ولو أنفق عليها المودع من غير إذن الحاكم نظر:

إن قدر على إذنه لم يرجع.

وإن لم يقدر ففي رجوعه عند شرط الرجوع ثلاثة أوجه حكاها الماوردي:

أحدها: أنه يرجع، أشهد أو لم يشهد.

والثاني: لا يرجع وإن أشهد.

والثالث: إن أشهد رجع، وإلا فلا.

فإن اعتبرنا الإشهاد وجب في كل شيء ينفقه كما قيده في «الذخائر» في نظير المسألة من الإنفاق على اللقيط.

وقيد أيضًا محل المرجوع عند عدم الإشهاد في مسألة الجمال بما إذا عجز عنه.

أما إذا تركه مع القدرة عليه فلا يرجع وجهًا واحدًا، ويظهر مجيء مثله هنا.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: و.
(٤) في أ: باسترجاعها.
(٥) في أ: في الإنفاق.

قال البندنيجي حكايةً عن أبي إسحاق: إنا إذا جوزنا له الإنفاق والرجوع، فالوجه: أن يفعل[١] ما فيه الحظ لربها من إجارتها وبيعها أو بيع بعضها.

واستقراضه[٢] كالحاكم، وحكم ترك السقي حكم ترك العلف، وله أن يستعين في ذلك بغلامه، وله إخراجها بنفسه ومن يستعين به من الموضع التي هي فيه للعلف والسقي إذا كان ضيقًا حتى لو هلكت في حال الخروج[٣] لا ضمان عليه. وقيل: إنه يضمن إذا تلفت في يد الأمين، وكان المودع ممن لا يتولى مثل ذلك بنفسه. ولو أخرجها مع اتساع الموضع فتلفت ضمن على النص، وبه قال الإصطخري.

وقال أبو إسحاق: لا يضمن. وحمل النص على ما إذا أخرجها من حرز إلى خوف، وغيره حمله على ما إذا أخرجها مع غير أمين.

قال: وإن قال: **لا تعلفها، فلم يعلفها حتى ماتت - لم يضمن**؛ لأن الضمان يجب للمالك، وقد أذن في سببه؛ فأشبه ما إذا قال: اقتل عبدي، ففعل، وهذا قول الجمهور.

قال: وقيل: **يضمن**؛ لأنه لا حكم لنهيه عما أوجبه الشرع؛ بدليل أنه آثم؛ فكان وجوده كعدمه، وهذا قول الإصطخري، وصححه الماوردي، وروي أن ابن أبي هريرة رواه[٤] فيما إذا أذن له في قتل عبده، وأنه زعم أن الخلاف مخرَّج من اختلاف قوليه في أن الراهن[٥] إذا أذن للمرتهن في وطء الجارية المرهونة: هل يسقط عنه المهر أم لا[٦]؟

ولو كان النهي عن العلف لعلة بالبهيمة[٧] من قُولَنْج أو تخمة، فأعلفها المودع قبل الزوال - ضمن[٨].

وحكم العبد حكم البهيمة فيما ذكرناه.

---

(١) في أ: يقول.
(٢) في جـ: واستقراض، وفي أ: أو استقراض.
(٣) في جـ: الرجوع.
(٤) في أ: رواية.
(٥) في جـ: للراهن.
(٦) زاد في أ: وحكى الزبيلي في أدب القاضي له هذا الوجه فيما إذا قال: حَرِّق ثوبي أو أفسد متاعي، ففعل.
(٧) في جـ: بالبهمة.
(٨) في أ: يضمن.

وألحق بعضهم بها ترك سقي النخلة، وبعضهم قال: لا يضمن بتركه إذا لم يأمره به.

ولا فرق عندنا - في عدم تضمين المودع إذا وجد منه العلف والسقي على الوجه المأثور(١) وتلفت البهيمة - بين أن يكون العلف والسقي مع دواب المودع أو مفردة.

وقال الإصطخري: متى عزلها عن دوابِّه وعلفها في غير إصطبله ضمنها بكل حال.

تنبيه: يقال علفت الدابة، أعلفها - بكسر اللام - علفًا: بإسكان اللام، والعلف - بفتحها-: التبن والشعير وغيرهما مما تأكله الدواب.

قال: **وإن أودع عند غيره من غير سفر ولا ضرورة - ضمن**، أي: وإن كان لا يضمن لو أراد سفرًا، أو كان ثم ضرورة.

أما إذا كان الإيداع عند أجنبي غير حاكم فبالاتفاق منا ومن الخصم.

وأما إذا كان عند من هو في رعاية المودع: كعبده(٢)، وأجيره، وولده، وزوجته، أو من حاكم؛ فلأنه أودع من لم يأتمنه المالك من غير حاجة ولا ضرورة؛ [فضمن كما لو أودع](٣) أجنبيًّا غير حاكم.

وقد حكى القاضي أبو الطيب وجهًا: أنه يجوز له الإيداع عند الحاكم في غيبة المالك ووكيله؛ لأنه لو كان حاضرًا لوجب عليه القبول، فقام الحاكم فيه مقامه كولاية التزويج، وغيره نسب هذا الوجه إلى الشيخ أبي حامد.

وعلى هذا هل يجب على الحاكم القبول؟ فيه وجهان، أظهرهما: نعم، كما ذكرناه.

هذا ما حكاه الأصحاب هاهنا، وحكى القاضي أبو الطيب وابن الصباغ فيما إذا كان الرهن على يد عدل، وأراد دفعه إلى الحاكم، أو أمين عند غيبة الراهن والمرتهن، من غير أن يريد سفرًا ولا ضرورة - أنه ينظر:

إن كانت غيبتهما طويلة - وهي السفر الذي تقصر فيه الصلاة - فإن الحاكم يقبضه(٤) عنهما، ولا يلجئه إلى حفظه، وإن لم يكن حاكمٌ أودعه عند أمين.

---

(١) في أ: المأمور.
(٢) في جـ: لعبده.
(٣) في أ: لو ضمن أو أودع.
(٤) في أ: يقضيه.

وإن كانت المسافة قصيرة[1] فهو كما لو كانا حاضرين.

وكذلك حكى الإمام، ثم قال: ولا يبعد[2] عندنا اعتبار مسافة العَدْوَى حتى يقال: إن كانا على مسافة العدوى فلا بد من مراجعتهما، وإن كانا فوقها ففيه تردد.

قلت: وهذا بعينه يتجه جريانه هاهنا؛ [إذ لا][3] يظهر بينهما فرق، كما حكيناه عن رواية الإمام من قبل عن الأصحاب عند إرادة المودع السفر لحاجة؛ ولهذا أحال الرافعي الكلام في مسألة الرهن على إيداع الوديعة.

قال: وله أن يضمّن الأولَ؛ لتفريطه بتسليم الوديعة لمن لا يجوز تسليمها إليه. والثاني - لأنه أخذ ما ليس له أخذه وتلف تحت يده.

ولا فرق في ذلك بين أن يكونا عالمين بالحال أو أحدهما؛ لأن الضمان لا يختلف بالعلم والجهل.

قال: فإن ضَمَّن الثاني رجع على الأول، أي: إذا جهل الحال؛ لأنه غره.

ومن هذا يؤخذ أن الأول إذا غرم لا يرجع على الثاني؛ إذ لا فائدة فيه.

وقيل: لا يرجع الثاني على الأول؛ [لوجود][4] التلف في يده. فعلى هذا: إذا غرم الأول رجع على الثاني، أما لو علم الثاني حقيقة الحال لم يرجع على الأول عند تغريمه وجهًا واحدًا، ويرجع الأول عليه عند تغريمه وجهًا واحدًا.

قال الماوردي: وعلى مالك الوديعة الإشهاد بقبض القيمة وجهًا واحدًا؛ [لأنها][5] مضمونة.

قال: وإن[6] **خلط الوديعة [بمال له]**[7] **لا يتميز** - أي: كالحنطة إذا خلطها بمثلها، والدراهم بمثلها - ضمن؛ لسخط صاحبها بهذا الخلط المفضي إلى سوء المشاركة.

وهكذا لو خلطها بمال المودع الذي لا ختم عليه ولا قفل وما في معناه، على أظهر الوجهين.

---

(١) في أ: قريبة. (٢) في أ: ولا يمتنع. (٣) في أ: ولا.
(٤) في جـ: لوجوه، وفي أ: إذ لا فائدة فيه لوجود.
(٥) في جـ: لأنه. (٦) في جـ: فإن.
(٧) في جـ: بما.

وفيه وجه: أنه لا يضمن والحالة هذه.

أما إذا تميز مال الوديعة من[١] المختلط به، مثل: أن خلط الدراهم بالذهب فلا ضمان، اللهم إلا أن يحصل نقص بسبب الخلط؛ فيضمنه، كما صرح به الماوردي.

قال: **وإن استعملها**، أي: مثل: أن كان ثوبًا فلبسه، أو دابة فركبها.

قال: **أو أخرجها من الحرز لينتفع بها**، أي: غير ظان[٢] أن ذلك ملكه.

قال: **ضمن**، أي: وإن لم ينتفع؛ لتفريطه وخيانته[٣].

ولو أخرج البعض[٤] بهذا الغرض، مثل: أن كانت الوديعة عشرة دراهم مثلا، فأخرج منها درهما، ولم يكن الحرز مقفلا ولا مختومًا - ضمنه لا غير.

فلو تصرف فيه وأعاد بدله لم يملكه المالك ما لم يقبضه، لكن ينظر: إن لم يتميز عن المختلط به ضمن جميع العشرة، وإن تميز فلا، وإن تميز عن البعض ضمن ما لم يتميز عنه خاصة.

ولو أعاد الدرهم[٥] بعينه: فإن تميز لم يضمن سواه، وإن لم يتميز فكذلك على أصح القولين، وهو ظاهر النص في «المختصر»، ونسبه الماوردي إلى ابن أبي هريرة والبغداديين؛ لأن هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الأخذ. فعلى هذا: لو تلفت العشرة لم يضمن إلا درهمًا، وإن تلفت خمسة لم يضمن إلا نصف درهم.

أما إذا كان الحرز مقفلا، ففتح قفله ضمن جميع العشرة، وإن لم يخرج منها شيئًا، وكذا لو كان مختومًا ففك[٦] ختمه، أو مربوطًا فحله، أو قطع الكيس من تحت الرَّبْط.

وحكى الماوردي في فك الختم، وحل الربط وجهًا: أنه لا يضمن العشرة بمجرد ذلك؛ لأنه لم يكن منيعًا[٧]، بخلاف القفل.

وهذا ما أورده الرافعي في حل الخيط [من رأس][٨] الكيس، ومن رزمة الثياب، وعلله: بأن القصد من ذلك المنع من الانتشار، لا[٩] أن يكون مكتومًا

(١) في جـ: علي.
(٢) في أ: شاك.
(٣) في أ: وجنايته.
(٤) في أ: الوديعة.
(٥) في جـ: الدراهم.
(٦) في أ: فانفك.
(٧) في جـ: منفعًا، وفي أ: مضيعًا.
(٨) في جـ: في حل.
(٩) في أ: إلا.

عنه، وحكاه مع الأول في فتح القفل أيضًا.

وعلى الأول: هل يضمن الظرف من كيس إذا حله، أو صندوق إذا فتحه؟ فيه وجهان في «الرافعي».

أما إذا خرق الكيس من فوق الربطة، قال الرافعي: لم يضمن إلا نقصان الخرق، وما قاله فيه نظر؛ فإنه حكى من بعد فيما إذا أتلف[1] بعض الوديعة وكان له اتصال بالباقي: كتخريق[2] الثوب، وقطع طرف العبد - فإنه ينظر: إن كان عامدًا فهو جانٍ على الكل فيضمن، وإن كان مخطئًا ضمن المتلف، وفي الباقي وجهان، أصحهما: المنع.

وما ذكره يتجه أن يجري[3] في [مسألة تخريق الكيس][4]، وقد ألحق بنقص[5] الختم نبش ما أودعه إياه مدفونًا.

ولو كانت الدراهم في غير وعاء، فعدها أو وزنها، أو ذَرَعَ الثوبَ المودع: فهل يضمن بذلك؟ فيه وجهان في «الحاوي»، وجه الضمان: أنه نوع من التصرف.

أما إذا أخرج الوديعة ظانًّا أنها ملكه، لم يكن ذلك سببًا في الضمان. نعم، لو ادعى ذلك لا[6] يقبل منه في الظاهر.

ولو انتفع بالوديعة ظانًّا أنها ملكه ضمن، صرح به الإمام في أول كتاب الغصب.

ثم محل كون الاستعمال مضمِّنًا إذا لم يتعلق به مصلحة الوديعة، أما ما يتعلق بمصلحتها: كلبس الصوف الذي لا يصلحه إلا نفس الآدمي وبسطه، إذا فعله المودع كذلك فلا ضمان عليه.

نعم، لو لم يفعله ضمن، إلا أن ينهاه المالك عنه.

وفي «التتمة»: إشارة إلى أنه يجري وجه الإصطخري في البهيمة فيه، [وقد حكيناه عن كتاب الزبيلي[7] من قبل][8].

وكذلك إخراج الوديعة من الحرز مشروط بألا يتعلق به مصلحة الوديعة. أما

---

(١) في أ: تلف.
(٢) في جـ: كتقطع.
(٣) في أ: يجيء.
(٤) في جـ: مسألتنا.
(٥) في أ: بعض.
(٦) في أ: لم.
(٧) في أ: الرملي.
(٨) سقط في جـ.

الذي يتعلق به مصلحتها: كنشر الثوب، وفرش البسط، ومشي الدابة إذا خشي عليها الزمانة - فلا يضمن به، وإن احتاج في ذلك الى فتح قفل وفض ختم[١].

وفي «التهذيب» حكاية وجه فيما إذا فتح القفل: أنه يضمن.

وعلى الأول: لو لم يفعل ذلك مع العلم به ضمن[٢]، وعن ذلك احترز الشيخ بقوله: «لينتفع بها».

قال: وإن نوى إمساكها لنفسه - أي: بعد أن قبضها - لم يضمن؛ لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ عَفَا لِأُمَّتِي[٣]مَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَهَا»[٤]، ولأنه مال يضمنه بالإتلاف فلا يضمنه بالنية [كمال غيره، والذي][٥] ليس بمودع عنده إذا نوى إتلافه.

قال: وقيل يضمن؛ كما إذا نوى ذلك عند القبض، وبالقياس على الملتقط إذا أمسك العين وترك التعريف، ونوى تملكه. وهذا قول ابن سريج.

والقائلون بالأول منهم من سوى بين نيته في الابتداء والانتهاء؛ فلم يضمِّنه فيهما.

ومنهم من فرق بأن النية في الابتداء اقترن بها الفعل[٦] فأثرت، بخلاف الدوام، وبهذا فرق أبو الطيب بينه وبين اللقطة من حيث إنه إنما ضمنها؛ لاقتران نيته بالفعل، وهو [تَرْكُ التعريف][٧]، وغيره قال: لأن أمانته تثبت بالنية؛ فكذلك[٨] الضمان يكون بها، بخلاف المودع وهذا[٩] الخلاف[١٠] يجري ما لو نوى أن يستعملها وإن لم يخرجها من الحرز.

وحكى الماوردي عن القاضي أبي حامد: أنه في هذه الحالة لا يضمن بهذه النية، ويضمن إذا نوى إمساكها لنفسه، وأنه لا يردها لمالكها، وصححه.

قال: وإن طالبه بها، أي: بالتمكين منها؛ إذ هو الواجب عليه كما نص [عليه][١١] في «شرح الفروع»، وادعى الإمام فيه الوفاق.

قال: فمنعها من غير عذر - ضمن؛ لأنه متعدٍّ بترك الرد، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ

---

(١) في جـ: خاتم.
(٢) زاد في أ: لقوله.
(٣) في أ: عن أمتي.
(٤) الحديث متفق عليه، وقد تقدم.
(٥) في أ: كما في غيره الذي.
(٦) في جـ: اللفظ.
(٧) في جـ: تَرْكٌ للتعريف.
(٨) زاد في جـ: في.
(٩) في أ: في هذا.
(١٠) زاد في جـ: قال.
(١١) سقط في جـ.

ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾[النساء:٥٨].

أما إذا كان بعذر، مثل: أن طالبه[١] في جُنْح الليل، والوديعة في خزانة لا يتأتى فتح بابها في ذلك الوقت، أو كان مشغولا بصلاة، أو قضاء حاجة، أو طهارة، أو في حمام، أو على طعام؛ فأخر حتى يفرغ، أو كان ملازمًا لغريم[٢] يخاف هربه، أو كان يخشى المطر والوديعة في البيت؛ فأخر حتى يقلع ويرجع إلى البيت، وما أشبه ذلك - فلا نزاع في أن ذلك جائز، لكن هل يضمن؟

الذي قاله في «الوسيط» هاهنا: أن التأخير إن كان بسبب تعذر الوصول إليها - كما في جنح الليل - لم يضمن، وإن كان بسبب كونه في حمام أو على طعام، ضمن، وإن لم يَعْصَ بالتأخير. وكذلك حكاه في كتاب الوكالة عن قول الأصحاب، ثم قال: وهذا منقدح إذا كان التلف بسبب التأخير، وبعيد إذا لم يكن التأخير سببًا فيه. وما ذكره هاهنا وثَمَّ هو احتمال أبداه الإمام لنفسه.

والمنقول عن الأصحاب: أنه لا يضمن في الجميع، كما صرح به القاضيان الحسين وأبو الطيب، وكذلك ابن الصباغ والماوردي وغيرهم في الوكيل إذا أخر الرد بهذا العذر، وطرده[٣] في كل يد أمانة كالمودع وغيره، وهو ما حكاه المتولي أيضًا، وإيراد البغوي يقتضيه.

فروع:

لو وكل المالك وكيلا ليرد عليه المودَع، لزمه الرد مهما طلب، فإن تمكن منه ولم يطالبه الوكيل ففي الضمان وجهان.

قال الغزالي: كنظيره في الثوب إذا طيَّرته الريح في داره؛ لأن أمره بالرد للوكيل عزل فصارت أمانته شرعية.

ولو قال له: رد الوديعة على من قدرت عليه من وكلائي ولا تؤخر، ضمن بتأخيره عن الرد على بعضهم عند قدرته عليه، وعصى، ولو لم يقل له: ولا تؤخر، ضمن بالتأخير، وفي العصيان وجهان.

ولو قال: ردها على من شئت منهم، فلم يردها على واحد ليرد على آخر -

---

(١) زاد في أ: بذلك.

(٢) في جـ: أخريم.

(٣) في أ: وطردوه.

فلا يعصى، وفي الضمان وجهان، كذا قال الإمام في «الأساليب».

قال: وإن[(١)] **تعدى فيها** - أي: بما ذكرناه أو غيره - **ثم ترك التعدي، لم يبرأ من الضمان**؛ لقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ[(٢)] مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ»[(٣)]، ويد المودع متعدية قد أخذت الوديعة؛ فوجب أن يكون عليه حتى يؤديها، ولأنه ضمنها بالعدوان فلم يبرأ من الضمان بالرد إلى[(٤)] المكان؛ كمن غصب من دارٍ[(٥)] ثم رد إليها، وكما لو جحد الوديعة ثم اعترف بها؛ فإن الخصم - وهو أبو حنيفة - قد وافق على عدم البراءة.

قال: **فإن أحدث له استئمانًا** - أي: مثل أن قال: استأمنتك عليها، أو: أودعتك إياها، أو: أذنت لك في حفظها، أو: أبرأتك من ضمانها - **برئ على ظاهر المذهب**؛ لأنه ضمن بحقه فسقط بإسقاطه.

قال: **وقيل: لا يبرأ حتى تُرد إلى صاحبها**، أي: أو وكيله؛ للحديث، ولأن الإبراء يختص بما في الذمة، ولا حق بما [في][(٦)] ذمته بعد، وقد روى بعضهم هذا عن ابن سريج، وبعضهم قال: إنه منصوص عليه في «الأم».

ولو أمره بردها إلى الحرز بعد التعدي، قال الماوردي في كتاب العارية: كان في سقوط الضمان وجهان كالإبراء.

قال: **وللمودِع والمودَع فسخ الوديعة متى شاء. وإن مات أحدهما، أو جن، أو أغمي عليه - انفسخت الوديعة**؛ لأنها في الحقيقة وكالة في الحفظ، وهذا حكم الوكالة.

ولو قلنا: إنها ليست بعقد، بل مجرد إذن فالآذن[(٧)] يبطل إذنه بطرآن هذه الأحوال، والمودع يخرج عن أهليَّة الحفظ بها - أيضًا - ويظهر أن يأتي فيها من الخلاف عند طرآن الجنون والإغماء ما ذكرناه في الوكالة.

ثم إذا انفسخت بموت المودَع، وجب على الوارث إعلام صاحب الوديعة بها إذا عرفه أو الرد عليه، وكذلك يجب على وليه إذا جن أو أغمي عليه. وهل

---

(١) في التنبيه: ومتى.
(٢) في أ: لليد.
(٣) تقدم
(٤) في جـ: على.
(٥) في أ: الدار.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: والإذن، وفي أ: بالإذن.

يجب عليه السعي في معرفته؟ قد تقدم الكلام فيه في أول الباب؛ لأنها أمانة شرعية، وهذا إذا ثبت أن ثم وديعة: إما بإقرار الميت، أو بإقرار الورثة، أو قيام[(١)] بينة عليها.

أما لو لم يوجد سوى الكتابة عليها بأنها[(٢)] وديعة لفلان، فليس ذلك بحجة على الورثة.

قال: **وإن قال المودَع: رددت عليك الوديعة، فالقول قوله** - أي: مع يمينه - لقوله تعالى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِى اؤْتُمِنَ أَمَٰنَتَهُۥ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُۥ﴾[البقرة:٢٨٣]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾[النساء:٥٨]، فأمر بأداء[(٣)] الأمانة ولم يأمر بالإشهاد؛ فدل على أن قوله مقبول من غير بينة؛ إذ لو لم يكن كذلك لأرشد إليه كما[(٤)] أرشد إليه - تبارك وتعالى - في حق من بلغ رشيدًا بقوله تعالى:﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء: ٦]؛ ولأنه ائتمنه فقبل قوله عليه.

قال القاضي أبو الطيب: ولأنه لا خلاف أنها إذا هلكت قبل قوله؛ فكذلك[(٥)] إذا ادعى ردها إليه وجب أن يقبل قوله مع يمينه.

وما قاله منتقض بالمرتهن والمستأجر؛ فإنه لا يقبل قولهما في دعوى الرد عند العراقيين وإن قبل قولهما في التلف.

قال: **وإن**[(٦)] **قال: أمرتني بالدفع إلى زيد** - أي: ودفعتُ إليه[(٧)] - **فقال زيد: لم يدفع إلي، فالقول قول زيد**، وهذا مما لم يختلف الأصحاب فيه؛ لأن الأصل عدم الدفع إليه، وهو غير مؤتمن من جهته[(٨)]؛ فلا يقبل قوله عليه كما لو ادعى الوصي[(٩)] الدفع إلى الصبي بعد البلوغ. نعم، لو كان كذلك زيد مالك الوديعة وقد أودعها عند الآمر، وأذن[(١٠)] له في إيداعها عند المودع - كان القول قول الدافع؛ لأنه ائتمنه[(١١)]، كذا قاله الماوردي، ولو خرج على أن وكيل الوكيل

---

(١) في أ: قامت.
(٢) في أ: فإنها.
(٣) في أ: أداء.
(٤) زاد في أ: لا.
(٥) في جـ: كذلك.
(٦) في التنبيه: فإن.
(٧) في أ، جـ: له.
(٨) في أ: جهة.
(٩) في د: الموصي.
(١٠) في جـ: أو أذن.
(١١) في أ: آمنه.

وكيل[١] لم[٢] يبعد.

وإذا لم يقبل قول المودع على زيد فما حكمه مع المالك؟ ينظر:

إن كان الدفع في وفاء دين، أو إيداعًا، فقد قدم الشيخ الكلام فيه في الوكالة.

وإن كان عارية أو قرضًا فقد جزم الماوردي بأن المودع يضمن، سواء صدقه أو كذبه؛ إذ هو مقصر بترك الإشهاد.

وإن كان هبة، وقلنا: إنها تقتضي الثواب - فكذلك الحكم، وإن قلنا: لا تقتضيه، فلا ضمان.

قلت: وكان يتجه ألا يكون ضامنًا بترك الإشهاد - على رأيٍ - كما في قضاء الدين، ويمكن أن نفرق بأن هاهنا لا بد من المطالبة؛ فالحاجة إلى البينة متوقعة، وهذا إذا صدقه المالك في صدور الإذن في الدفع إلى زيد، أما إذا كذبه فالقول قوله، والمودع ضامن.

قال: **وإن هلكت الوديعة فالقول قوله**؛ لأنه أمين مقبول القول في الرد؛ فكذلك في دعوى التلف من طريق الأولى؛ لأن الرد لا يتعذر[٣] إقامة البينة عليه؛ لأنه منوط بالاختيار، بخلاف التلف. ولا فرق في ذلك بين أن يدعي التلف بسبب خفي أو ظاهر يتيسر إثباته بالشهادة. نعم، إذا ادعى التلف بسبب خفي كالسرقة والغصب - كما صرح به في «المهذب» و«التهذيب» ونحوهما - لم يكلَّفْ إقامة البينة على السبب.

وإن ادعاه بسبب ظاهر: كالحريق والنهب، وكذا موت الحيوان والغصب - عند صاحب «التتمة» كُلِّفَ إقامة البينة على السبب دون التلف، ويقوم مقام البينة على الحريق وجودُ أمارته، وكذا تصديق المالك وجودَ الحريق والنهب دون تلف الوديعة.

ولو أطلق دعوى التلف لم يكلَّف بيان السبب.

وإذا نكل عن اليمين عند ذكر السبب الخفي فللمالك الحلف على نفي العلم بالتلف، ويضمن المودع.

قال الإمام: ومن أصحابنا من يكلفه جزم اليمين؛ من جهة أن من الممكن أن

---

(١) زاد في جـ: من.
(٢) في أ: لا.
(٣) في أ: لا يتعدى.

يطلع على بقاء العين في الوقت الذي ادعى المودع تلفها فيه، وإذا لم يُقِمِ المودع البينة على ما ادعاه من السبب الظاهر: فإن كان لا يبعد وقوعه في الوجود حلف المالك، وإن كان مما يحكم العرف باشتهاره لو وقع ولم يشتهر، ففي تحليفه وجهان:

وجه المنع: أن المشاهدة[1] تكذبه؛ فإن الحريق الظاهر لا يخفى، وتتوفر الدواعي على نقله، فإذا لم ينقل بانَ الكذب، وهذا ما رجحه الإمام وضعف مقابله.

وحكى عن المراوزة أنهم رأوا تصديق المودع وإن ظهرت مخايل كذبه، واكتفوا بإمكان صدقه، قرب أو بعد، وأنهم فصلوا القول في الحريق فقالوا: إن كان ليلا بحيث يتوقع إطفاؤه من غير اطلاع يفرض[2] في طرف البلد، فخفاؤه نادر ولكنه ممكن؛ فالمودع مصدَّق مع يمينه[3].

وإن كان الحريق نهارًا بحيث يستيقن[4] أنه لو كان لما خفي فلا سبيل إلى التصديق.

فرع: لو مات المودع قبل الحلف[5] فللمالك تحليف الورثة، لكن الوارث إن تحقق تلف الوديعة جاز له الحلف، وكذا إن غلب على ظنه.

وإن غلب على ظنه كذبُ مورثه فلا، وإن أمكن استواء الأمرين ففي جواز اعتماده[6] على قول المورث في الحلف خلاف حكاه الإمام.

فرع: لو مات المالك، فادعى المودع التلف بعد ذلك - نظر:

إن ادعى أنه وجد في حال حياة المالك فالقول قوله مع يمينه.

وإن ادعى تلفها بعد موته وقبل تمكنه من الرد فمن المصدق؟ فيه وجهان، ومثلهما يجري فيما إذا مات المودع وتلف المال في يد ورثته، وقال الإمام فيها: الوجه عندنا القضاء بتصديقه؛ لأنه أمين ليس متعديًا.

قال: وإن قال: أخرجتها من الحرز، أو: سافرت بها لضرورة أي: مجوِّزة للإخراج والسفر وقد تلفت، فقال المالك: أنت متعدٍّ بذلك؛ فدعواك التلف لا

---

(١) في أ: الشاهدة.
(٢) في جـ: يظهر.
(٣) في جـ: بيمينه.
(٤) في أ: لا يستيقن.
(٥) في أ: التلف.
(٦) في جـ: الاعتماد.

تقبل ويجب عليك الغرم.

قال: **فإن كان ذلك بسبب ظاهر كالحريق والنهب وما أشبههما**، أي: مثل خشية الغرق ونحوه - **لم يقبل إلا ببينة**؛ لأنه يمكنه إقامة البينة عليه.

قال: **ثم يحلف: إنها هلكت**(١)؛ لأنه ثبت عدم تعدِّيه في الإخراج، ويحتاج أن يحلف أيضًا: إنه أخرجها لأجل هذا السبب؛ فإنه قد يخرجها معه لغيره.

وقيل: لا يحتاج إلى اليمين على الإخراج لأجل هذا السبب(٢)؛ اكتفاء بظاهر الحال.

قال: **وإن**(٣) **كان بسبب خفي** - أي: كخشية السرقة - **قبل قوله [مع يمينه]**(٤)؛ لأنه أمين، وقد ادعى عليه الخيانة فيما يعسر إقامة(٥) البينة عليه، فكان القول قوله(٦) كدعوى التلف، وقد شبه العراقيون ذلك بما إذا قال لزوجته: إن ولدت فأنت طالق، فادعت الولادة، لا يقبل قولها إلا ببينة، بخلاف ما لو قال: إن حِضْت.

قال: **وإن**(٧) **قال: ما أودعتني** - أي: بعد أن طلب منه الوديعة - **فالقول قوله**؛ لأن الأصل عدم الإيداع، لكنه إن كان كاذبًا صار بالإنكار متعديًا، حتى لو أقر بذلك أو قامت عليه بينة بالإيداع، وتلفت(٨) في يده ضمنها. ولو ادعى تلفها أو رَدَّها قبل الجحود، ولم يكن له بينة - لم تسمع منه؛ لأن دعوى التلف والرد مناقض لإنكار الإيداع(٩) فلم يقبل منه.

قال: **فإن أقام المدعي بينة بالإيداع، فقال** - أي: المدعى عليه-:(١٠) **أودعتني، ولكنها هكلت، وأقام بينة أنها هلكت قبل الجحود** - **سمعت**؛ لأن البينة حجة ناصَّةٌ على الغرض فيجب الحكم بموجبها، وهذا ما قال القاضي الحسين: إنه المذهب، والإمام هاهنا: إنه ظاهر المذهب، ورجحه الرافعي أيضًا،

---

(١) زاد في أ: بذلك.

(٢) زاد في أ: فإنه قد يخرجها معه لغيره، وقيل: لا يحتاج إلى اليمين على الإخراج لأجل هذا السبب.

(٣) في التنبيه: فإن.

(٤) سقط في التنبيه.

(٥) في جـ: إقامته.

(٦) زاد في أ: مع يمينه.

(٧) في التنبيه: فإن.

(٨) في جـ: وتلف، وفي أ: فتلفت.

(٩) في أ: للإيداع.

(١٠) زاد في التنبيه: قد كان.

ويحكى عن اختيار القفال والشيخ أبي علي.

قال: **وقيل: لا تسمع**؛ لأن دعواه غير مسموعة لمناقضتها إقراره الأول، والبينة فرع الدعوى، وإذا لم يسمع الأصل لم يثبت الفرع، وهذا ما اختاره ابن أبي هريرة، وذكر الإمام في باب الوكالة أنه الأظهر، والغزالي ثَمَّ: أنه الأصح، واختاره في «المرشد».

والقائلون بالأول قالوا: المودع قد أنشأ الآن قولًا ممكنًا، وقوله الأول يجوز أن يكون لنسيان[(١)]، والدعوى قول ممكن؛ فإذا اعتضدت بالبينة ثبت المقصود بها؛ ولهذا لو قال: لا بينة لي، ثم أحضر[(٢)] بينة - سمعت لهذا المعنى.

قال الإمام: وإنما لا تقبل البينة إذا كان[(٣)] قول من يقيمها عند إقامتها يناقضها. وطرد هذا القول في كل من سبق منه قول مناقض ورجع عنه وكذب نفسه فيه، وأقام على وفق القول الثاني بينة، وهذا يلزمه عليه مسألة المرابحة، وهي ما إذا قال: اشتريته[(٤)] بمائة، ثم قال: اشتريته بمائة وعشرة - فإنه لا يقبل وإن أقام بينةً[(٥)]، اللهم إلا أن يبدي عذرًا - كما ذكرناه في موضعه - فإن في سماع البينة خلافًا، فإن كان قد أراد هاهنا هذه الحالة فقد خرج عن عهدة السؤال، مع أن كلامه يوهم إجراءه مطلقًا؛ ولهذا قال الرافعي: قد حكيت[(٦)] عن بعض الأصحاب في مسألة المرابحة: أنهم فرقوا بين أن يذكر وجهًا محتملًا[(٧)] في الغلط[(٨)] أو لا يذكر، ولم يتعرضوا لمثله هاهنا، والتسوية بينهما متجهة.

وعلى كل حال: فالجمهور متفقون في مسألة المرابحة على عدم سماع البينة، وهاهنا على السماع، وقد أشرت إلى فرق لطيف بينهما في «باب المرابحة»، وقد يظهر بينهما فرق آخر: وهو أن ما حصل به بالتضاد من[(٩)] قول المودع ثانيًا: أودعتني[(١٠)]، بعد قوله أولًا: ما أودعتني[(١١)] - مالكُ الوديعة موافق له عليه، وهو معمول به؛ لأنه إقرار بعد إنكار، وأيضًا: فإن البينة غير معمول بها في إثبات

---

(١) في أ: عن نسيان.
(٢) في جـ: أحضرت.
(٣) في جـ: كثر.
(٤) في أ: بل.
(٥) في جـ: البينة.
(٦) في أ: حكيته.
(٧) في جـ: محيلًا.
(٨) في أ: التلفظ.
(٩) في أ: وهو.
(١٠) في أ: أودعني.
(١١) في أ: ما أودعني.

الوديعة بعد إقراره[١] بها، وإذا كان معمولا بها - مع أنه صريح في المناقضة - رتب عليه مقتضاه، ولا كذلك في مسألة المرابحة ونظائرها؛ فإن ما حصل به التضاد من قول البائع ثانيًا لقوله أولا، لم يوافق عليه مَنْ تَعَلَّق حقه به، وكذلك[٢] لم يعمل بموجبه، والله أعلم.

أما إذا قال المودع للمالك من غير مطالبة: ما أودعتني، فهل يكون بذلك ضامنًا؟ فيه وجهان، ولا خلاف في أنه لو قال لأجنبي: ما أودعني فلان شيئًا، لم يَصِرْ بذلك ضامنًا، ثم الخلاف المذكور[٣] في سماع البينة على التلف - كما ذكره الشيخ - [بعينه يجري][٤] في سماع البينة على الرد على[٥] المالك قبل الجحود. ولو لم يكن له بينة، ولكنه أراد أن يحلِّفَ المالكَ على ما ادعاه من تلف أو ردٍّ: فهل له ذلك؟ حكى الإمام فيه ترددًا عن الأصحاب، ثم قال: ظاهر المذهب: أنه يحلفه.

قلت: ولو بنى ذلك على أن يمين الرد مع النكول كالبينة أو كالإقرار حتى إذا قلنا: إنها كالإقرار، حلف، وإن قلنا: إنها كالبينة، جرى الخلاف - كما حكاه الغزالي في مسألة المرابحة - لم يبعد[٦].

ولو أقام بينة على تلفٍ بعد الجحود لم تفده بالنسبة إلى إسقاط الضمان، وتفيده في نقل المطالبة إلى البدل.

ولو أقام بينة على ردٍّ بعد الجحود قبلت[٧]؛ كالغاصب، وأبدى الإمام فيه احتمالا في إجراء[٨] الوجهين السابقين في سماع مثل هذه البينة قبل الجحود؛ نظرًا إلى أن البينة مرتبة على الدعوى، ودعوى الرد بعد الجحود مناقضة لإنكار الوديعة أولا.

وإلى[٩] ذلك أشار مجلي بقوله: ومن أصحابنا[١٠] من قال: هل تسمع البينة؟

---

(١) في جـ: إقرارها.
(٢) في أ: فلذلك.
(٣) في أ: المشهور.
(٤) في أ: جارٍ بعينه.
(٥) في أ: إلى.
(٦) في أ: لم يبتعد.
(٧) في جـ: فتلف.
(٨) في جـ: آخر.
(٩) في أ: وإنَّ.
(١٠) في أ: الأصحاب.

فيه وجهان، ولم يفصل قبل الجحود أو بعده، ومن هاهنا اختلفت[١] نسخ «الوسيط» في آخر باب الوكالة - حيث حكي مثل هذا الخلاف بين الوكيل والموكل-: ففي بعض النسخ: أن الوكيل إذا أقام بينة على تلفٍ بعد الجحود فكذلك على أحد الوجهين، وفي بعض: فكذلك على[٢] الوجهين.

قال: **وإن قال: ما لك عندي شيء، فأقام البينة[٣] بالإيداع، فقال: أودعتني[٤] ولكنها[٥] تلفت - قبل قوله**، أي: مع يمينه؛ إذ لا منافاة بين ما ذكره صريحًا آخِرًا وبين ما أبهمه[٦] أولا؛ فلذلك قبل منه، بخلاف المسألة قبلها.

والحكم فيما لو ادعى الرد قبل الجحود حكمُ دعوى التلف، ولو ادعى [بعد إقامة][٧] البينة رد الوديعة بعد الجحود لم تسمع، ولزمه الغرم، وإن[٨] ادعى تلفًا فهو[٩] ضامن، لكن هل يقبل قوله مع اليمين حتى تنتقل المطالبة من العين[١٠] إلى البدل؟ فيه خلاف، كما في الغصب، والمذهب: القبولُ.

فروع:

إذا غصبت الوديعة من يد المودَع، هل له المخاصمة عليها واستردادها؟ فيه وجهان.

إذا أكره المودَع على تسليم الوديعة فسلمها، هل يضمنها؟ فيه قولان.

إذا أدخل المودَع أقوامًا إلى موضع الوديعة فسرقت: فإن سرقها الداخل أو من دَلَّهُ عليها الداخل ضمن ذلك، وإن لم يكن ذلك[١١] فلا ضمان.

وهكذا الحكم فيما لو نهاه المالك أن يدخل عليها أحدًا، فأدخله وجاء التلف من جهته والله أعلم.

---

(١) في جـ: اختلف.
(٢) زاد في جـ: أحد.
(٣) في أ، جـ: بينة.
(٤) في جـ: أودعني.
(٥) في التنبيه: ولكن.
(٦) في جـ: اتهمه.
(٧) في جـ: أقام.
(٨) في جـ: ولو.
(٩) في جـ: فهل.
(١٠) في أ: الغير.
(١١) في أ: كذلك.

باب العارية

العارية: مشددة الياء، وروي تخفيفها، وجمعها: العواري مشددًا، أو مخففًا، وهي مشتقة من عار الرجل؛ إذا ذهب وجاء، ومنه العير؛ كما قاله مجلي.

وقيل للغلام الخفيف: عيار؛ لخفته في بطالته[1]، وكثرة ذهابه ومجيئه.

قال الأزهري: وإنما شُددت؛ لأنهم نسبوها إلى العارة، يقال: أعرته إعارة [وعارة][2]، فالإعارة مصدر، والعارة الاسم، وهو كقولهم: أجبته[3] إجابة وجابة، وأطعته إطاعة وطاعة.

وقيل: من التعاور، وهو التناوب؛ من قول العرب: اعتوروا الشيء، وتعاوروه، وتعوروه؛ إذا تداولوه، وتناوبوه، وكأن من دفع ما يختص[4] به إلى غيره؛ لينتفع [به][5]، فقد جعل له نوبة.

وقيل: من العار؛ لأن طلبها عار وعيب؛ [قاله الجوهري][6][7].

ويقال: أعاره يعيره، واستعاره ثوبًا فأعاره.

وحقيقتها شرعًا: إباحة الانتفاع [بما يحل الانتفاع][8] به مع بقاء عينه، لردها[9] عليه.

---

(١) في أ، ج: تطالبه.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ج: أجيبه.

(٤) في أ: أحون، وفي د: اختص.

(٥) سقط في د.

(٦) في د: قال الجوهري، وسقط في أ.

(٧) قوله: العارية: مشددة الياء، وروي تخفيفها، وجمعها: العواري - مشددًا ومخففا - وهي مشتقة من: عارَ الرجلُ، إذا ذهب وجاء، وقيل: من «العار»؛ لأن طلبها عار وعيب، قاله الجوهري. انتهى.

ودعواه اشتقاقها من «عار» غير مستقيم؛ لأنه فعل، والاشتقاق - على المعروف - إنما هو من المصدر، وقد رده أيضا بعضهم بأنه من ذوات الياء، يقال: عار يَعِير، و«العارية» من ذوات الواو؛ لأن جمعها: العواري. وهو اعتراض مردود؛ لأنه يقال: عار يَعِير، وعار يَعُور - بالياء والواو - وحكاهما الجوهري. [أ و].

(٨) سقط في ج.

(٩) في أ: ليروها.

وقيل: إنها هبة للمنافع، مع استيفاء ملك الرقبة؛ قاله الماوردي.

والأصل في جوازها واستحبابها قبل الإجماع من الكتاب - قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]، وهي [من البر،][١] وقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ﴾ [النساء: ١١٤] وهي منه[٢].

ومن السنة ما روى مالك، وأبو داود، والنسائي عن صفوان بن أمية: أن رسول الله ﷺ استعار منه أدراعًا يوم خيبر[٣]، فقال: أغصبًا يا محمد؟ فقال: «لا، [بل][٤] عارية مضمونة مؤداة»[٥].

وفيه: أنه ضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، قال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب.

وقال النسائي في[٦] بعض رواياته: «ثلاثين فرسًا، وثلاثين بعيرًا»، وغير ذلك من الأخبار التي سنذكرها.

ومن جهة المعنى: أن الأعيان لما جازت هبتها وإباحتها، فكذلك المنافع.

قال في البحر: وقد كانت واجبة في ابتداء الإسلام؛ حتى توعد الله - [تعالى - من][٧] منعها، فقال ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ * الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ * الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ * وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون]، وهو كما قال ابن عباس، وابن مسعود: العارية.

وخصها ابن مسعود بإعارة الدلو، والقدر، والميزان.

قال: من جاز تصرفه في ماله، جازت إعارته؛ لأنها إباحة للمنافع؛ فلم تصح ممن لا يصح تصرفه في المال، وصحت ممن يصح تصرفه فيه؛ كإباحة الأعيان.

---

(١) في د: منه.
(٢) في أ: هبه.
(٣) في د: حنين.
(٤) سقط في أ.
(٥) أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٦)، في البيوع، باب: في تضمين العارية (٣٥٦٢)، وأحمد في المسند (٣/ ٤٠١)، (٦/ ٤٦٥)، في مسند صفوان بن أمية -رضي الله عنه- والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٧)، في البيوع، باب: أد الأمانة، والبيهقي في السنن (٦/ ٨٩)، في العارية، باب: العارية مضمونة، والنسائي في الكبرى (٣/ ٤١٠)، وأخرجه الدارقطني في السنن (٣/ ٣٩، ٤٠)، وأعله ابن حزم في المحلى (٩/ ١٧١)، بشريك وتبعه ابن القطان، وقال ابن دقيق العيد بعد أن عزاه إلى المستدرك: لعله علم حال أمية، قال ابن الملقن: ذكره ابن حبان في الثقات، والحديث صحيح بشواهده، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة (٢/ ٢٠٧).
(٦) في أ: عن.
(٧) في أ: على.

ولا فرق فيمن تصح إعارته بين أن يكون مالكًا للعين [المعارة][(١)]، أو لمنفعتها بسبب إجارة، أو وصية، أو غير ذلك.

وإن كان مستعيرًا، فسيأتي الكلام فيه.

واحترز الشيخ بقوله: في ماله عن العبد المأذون؛ لأن الإذن في التجارة لا يبيح التصرف في غيرها.

ومما ذكره الشيخ فيمن تصح إعارته يؤخذ: من يصح منه طلب الاستعارة وقبولها.

وفي الحاوي: أن من[(٢)] يصح منه قبول الهبة، يصح منه طلب العارية؛ لأنها نوع من الهبة، ومن لا؛ فلا.

وقريب من هذه العبارة[(٣)] قول الغزالي: «لا يعتبر فيه إلا أن يكون أهلًا للتبرع عليه».

وفيما قالاه[(٤)] [نظر؛ فإن السفيه يصح منه قبول الهبة بغير إذن وليه؛ على الأصح، ومقتضى ما قالاه][(٥)] أن يصح منه طلب العارية بدون إذن وليه، وقد صرح مجلي بأنها لا تصح [منه][(٦)]، وهو موافق لما يقتضيه كلام الماوردي في باب الحجر؛ حيث قال فيما إذا أعار من سفيه شيئًا، فأتلفه: إن حكمه حكم إتلاف السفيه الوديعة؛ حتى يجري في [ضمانه][(٧)] الخلاف، ولو كانت صحيحة منه، لضمنها قولًا واحدًا. وإن لم يتلفها.

ووجه عدم الصحة: أن في تسليطه عليها تسليطًا على سبب يقتضي الضمان، وبهذا فارقت العارية الهبة؛ فإنه لا ضمان فيها.

و[(٨)] اعلم: أنه لا بد في صحة العارية من الإيجاب والقبول، ويكفي من أحدهما الإتيان به بالقول، ومن الآخر بالفعل؛ كما صرح به في المهذب؛ قياسًا على إباحة الطعام، وعلى [ذلك][(٩)] جرى البغوي.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: العارية.
(٤) في أ: قاله.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) زاد في د: الله.
(٩) سقط في أ.

وفي الوسيط: أنه لا بد في جانب المعير من اللفظ، وهو أن يقول: أعرت أو خذ، أو ما يفيد معناه.

وفي التتمة: أن اللفظ لا يعتبر في واحد من الطرفين حتى لو رآه عريانًا، فأعطاه قميصًا، فلبسه - تمت العارية.

وكذلك لو فرش لضيفه بساطًا، أو فراشًا، أو مصلى، أو ألقى إليه وسادة، فجلس عليها - كان[1] ذلك إعارة؛ بخلاف ما لو دخل، فجلس على الفرش المبسوطة؛ لأنه لم يقصد بها.

قال: **ويجوز[2] إعارة كل شيء[3] ينتفع به** - أي: منفعة مباحة - مع بقاء عينه، أي: كالدواب، والدور، والدروع، والدلو، والفأس - وكل ما يجوز [إيراد][4] عقد الإجارة [عليه][5]، وكذا ما لا يجوز عقدها عليه من فحل الضراب، ودراهم، ودنانير؛ للتزين[6]، وكلب الصيد، وغير ذلك؛ لأن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرسًا، فركبه، ومن صفوان أدرعًا، وقال ليعلى بن [أبي][7] أمية: «إذا أتتك رسلي فادفع [إليهم][8] ثلاثين درعًا، وثلاثين بعيرًا، فقال: [يا][9] رسول الله، عارية مضمونة، أو عارية مؤداة؟ فقال: بل عارية مؤداة»[10]؛ كما أخرجه أبو داود.

ولما هاجر رسول الله ﷺ إلى المدينة نزل في دار أبي أيوب الأنصاري بغير أجرة، وهي[11] حقيقة العارية.

وقد[12] قيل: يا رسول الله، ما حق الإبل؟ قال: «حَلَبُهَا عَلَى الْمَاءِ، وَإِعَارَةُ دَلْوِهَا، وَإِعَارَةُ فَحْلِهَا»[13].

وتفسير ابن مسعود الماعون يقوى ذلك؛ فثبت الجواز في هذه الأشياء بالنص،

---

(١) في جـ: فإن.
(٢) في أ، د: ويجوز.
(٣) في التنبيه: ما.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: للتدبير.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٢٠) كتاب الإجارة، باب: في تضمين العارية، برقم (٣٥٦٦).
(١١) في أ: وذلك.
(١٢) زاد في جـ: وقوله ﷺ.
(١٣) أخرجه مسلم (٢/ ٦٨٥)، في كتاب الزكاة، باب: إثم مانع الزكاة (٢٨/ ٩٨٨).

وقيس عليها ما عداها؛ للاشتراك في المعنى.

وعلى ما فسر به أبو عبيد الماعون: من أنه اسم لكل منفعة، وعطية - يستغنى عن القياس بالكتاب.

وما ذكرناه من جواز [إعارة](١) الدراهم، والدنانير - هو ما ذكره الماوردي، وصاحب البحر، والفوراني، والمتولي.

وحكى الغزالي في صحة إعارتها - لما ذكرناه - وجهين:

ووجَّه المنع بأن غرض التزيين من المقاصد البعيدة، وهو الذي صححه البغوي، والرافعي، وأفهم أن محل الخلاف عند(٢) الإطلاق، أما مع قصد منفعة التزين، فلا يتجه إلا الصحة.

فإن لم نصحح إعارتها، فهل تكون مضمونة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنها فاسدة، والفاسد(٣) [حكمه](٤) حكم الصحيح؛ وهذا ما نسبه الغزالي إلى العراقيين، وفيه إشارة إلى أنهم وافقوا(٥) على إجراء الخلاف في صحة إعارتها [، وهو كما نقله، وأفهمه كلامه عنهم؛ كما ستعرف ذلك في باب الإقرار](٦).

والثاني: لا.

قال القاضي: لأن العارية تعتمد عينًا منتفعًا بها [ولا منفعة](٧) لهذه العين، فبقي مجرد القبض من المالك برضاه، ومن أقبض الغير(٨) مال نفسه لا لينتفع به، كان أمانة، وهذا ما نسبه الغزالي إلى المراوزة، وقال الإمام: إنه الأفقه.

وهكذا الحكم فيما لو أعاره حنطة، أو(٩) شعيرًا؛ صرح به القاضي الحسين.

فرع: إعارة الشاة والناقة؛ للبنهما.

قال القاضي أبو الطيب: [تجوز](١٠)؛ لقوله ﷺ: المنحة(١١) مردودة(١٢).

---

(١) سقط في د.

(٢) في د: هذا.

(٣) في د: للفاسد.

(٤) سقط في أ، ج.

(٥) في أ: وافقوه.

(٦) سقط في ج.

(٧) سقط في ج.

(٨) في أ، د: العين.

(٩) في أ، د: و.

(١٠) سقط في أ، ج.

(١١) في أ: المنيحة.

(١٢) أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٤) كتاب البيوع والإجارات، باب: في تضمين العارية، حديث =

وأراد به: الشاة التي تستعار؛ لينتفع بلبنها.

ومن أصحابنا من قال: لا يجوز؛ كإجارتها[1] [لذلك، وأشار إلى الشيخ أبي حامد؛ كما صرح به ابن الصباغ، ثم قال: ولا ينبغي [أن يكون][2] في هذا خلاف،][3] ويكون ذلك إباحة للبن[4] الذي كان فيها، وإباحة الأعيان جائزة.

وكذلك قال في الشجرة.

وما صار إليه أبو الطيب هو ما ذكره الماوردي، وكذلك المتولي، ونفى خلافه، لكن الماوردي لم يسم ذلك إعارة، بل قال: يجوز منحة[5][6] الشاة؛ للبنها، وهو الذي يقتضيه ظاهر الخبر.

قال في البحر: وهذه التسمية هي الصحيحة.

وحكى البغوي الوجهين في صحة ذلك فيما إذا أتى بلفظ الإباحة، وطرده في إباحة النسل.

فرع: هل يشترط تعيين المستعار؟

قال المتولي: [لا؛ حتى][7] لو قال [لأجنبي][8]: أعرني دابة، فقال: ادخل الإصطبل، وخذ ما أردت، صحت العارية.

= (٣٥٦٥)، والترمذي (٣/ ٥٦٥) كتاب البيوع، باب: العارية مؤداة، حديث (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢/ ٨٠٤) كتاب الصدقات، باب: الكفالة، حديث (٢٤٠٥)، وأحمد (٥/ ٢٦٧)، والطيالسي (١١٢٦)، وعبد الرزاق (٨/ ١٧٣) رقم (١٤٧٦٧)، وابن أبي شيبة (٧/ ٢٠٠)، وابن الجارود في المنتقى رقم (١٠٢٣)، والدارقطني (٣/ ٤١) كتاب البيوع، حديث (١٦٦)، وأبو نعيم في «تاريخ أصبهان» (٢/ ٢٨١)، والبيهقي (٦/ ٨٨) كتاب العارية، باب: العارية مؤداة، والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٦٤)، كلهم من طريق إسماعيل بن عياش: ثنا شرحبيل بن مسلم قال: سمعت أبا أمامة يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبة الوداع: «العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم». وصححه الألباني في صحيح أبي داود.

(١) في ج: إجارتها.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: اللين.
(٥) في أ: مينحة.
(٦) قال الشافعي - رحمه الله-: والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته لرجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحًا ولا ينتفع فيها بغير اللبن، وروى بسنده عن أبي هريرة قوله ﷺ: «المنحة أفضل من الصدقة...». ينظر: الحاوي (٧/ ١١٧).
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ج، د.

قال: ويكره إعارة الجارية الشابة من غير ذي رحم محرم(١)؛ لأنه لا يؤمن(٢) أن يخلو بها، فيواقعها.

أما العجوز التي لا تشتهى، [فلا يكره إعارتها؛ لأنه يؤمن عليها الفساد

ومن هذا [يؤخذ](٣) أنه إذا كانت الشابة شوهاء لا يشتهي](٤) مثلها، أو صغيرة بهذه الصفة - لا يكره إعارتها؛ كما صرح به الأئمة.

وفي الجيلي حكاية وجه في الصغيرة.

[وفي البحر حكاية وجه في](٥) الكراهة مطلقًا.

ثم [ما](٦) المراد بالكراهة [هل](٧) التنزيه أو التحريم؟ ظاهر كلام الشيخ الأول؛ فإنه عقب(٨) ذلك بقوله: وتحرم إعارة العبد المسلم من الكافر، فلو كان مراده الثاني، لجمع بينهما؛ وهذا ما صدر به في البحر كلامه، ثم قال: ومن أصحابنا من قال: إذا كانت شابة يخاف منه عليها، لا يجوز الإعارة منه، وتحرم؛ وهذه [الكراهة كراهة](٩) تحريم، وما قاله آخرًا هو ما ذكره في المهذب(١٠)، وابن الصباغ، والغزالي، والرافعي، ويعضده أن الشيخ في باب [القرض](١١) جزم بعدم جواز [إقراض](١٢) من هذا شأنها؛ خشية من الوقوع في وطء يكون في معرض(١٣) الإباحة، والمنع هاهنا أولى؛ لأن ثم شبهة ملك، ولا شبهة هاهنا.

وعلى هذا إن كان هو مراد الشيخ - أيضًا - فيكون قد أتى بلفظ الكراهة؛ للاقتداء بالشافعي في لفظه؛ فإنه كذا نقل عنه فيها، لكن الظاهر الأول؛ فإن الإعارة لا يلزم فيها الخلوة المحرمة؛ فلذلك كرهت؛ ولذلك جزم الإمام بعدم التحريم فيما إذا استخدمها من غير خلوة.

---

(١) قوله - نقلا عن الشيخ-: ويكره إعارته الجارية الشابة من غير ذي رحم محرم. انتهى.
وافق الشيخ على تقييد انتفاء الكراهة في المحرم بما إذا كان ذا رحم - أي: قرابة - وليس كذلك؛ فإن إعارتها للمحرم من الرضاع أو المصاهرة، وإعارتها من الزوج والمرأة - جائزة بلا خلاف كما ذكره النووي في «تصحيحه»، والعلة مرشدة إليه. [أ و].

(٢) في جـ، د: يأمن.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في د.

(٥) سقط في جـ.

(٦) سقط في أ.

(٧) سقط في جـ.

(٨) في د: عقبت.

(٩) في جـ: الكراهية كراهية.

(١٠) في جـ: المذهب.

(١١) سقط في جـ.

(١٢) سقط في جـ.

(١٣) في جـ: معرضه.

[نعم:][1] حيث أطلقت الكراهة بالخلوة بها في الاستخدام - كما صرح به الماوردي - فهي محمولة على التحريم؛ كما صرح به الإمام، ولا يكاد يخالف[2] فيه، وامتناع إقراض الجارية كان لما ذكرناه من الفرق.

ثم حيث تحرم الإعارة، فلا يكون قادحًا في صحتها.

تنبيه: قال النواوي: كان الصواب أن يقول الشيخ: «من غير امرأة، ومحرم»، لتدخل المرأة والمحرم بمصاهرة أو رضاع؛ فإنه لا[3] كراهة فيهما.

فرع: لو استعار جارية للوطء، لم يصح؛ فإن وطئها، نظر: فإن كان عالمًا فهو زانٍ، وإن كان جاهلًا بتحريم الوطء، فهو وطء شبهة موجب للمهر، وملحق للنسب، وينعقد الولد به حرًّا، ويلزمه قيمته.

قلت: وكان ينبغي أن يكون الحكم فيه كما لو وطىء المرتهن الجارية المرهونة[4] بإذن الراهن؛ إذ لا يظهر [لي][5] بينهما فرق، والحكم فيها: أنه إن كان عالمًا وجب الحد، على الصحيح.

وقيل: إن مذهب عطاء إباحة الجواري [الوطء][6] بالإذن؛ فيصير شبهة، ويلتحق بوطء الشبهة.

وإن كان جاهلًا، فلا حد، وهل يجب المهر؟ فيه وجهان.

وفي قيمة الولد طريقان:

أحدهما: أنها كالمهر.

والثاني: القطع بالوجوب؛ لأنه لم يأذن في الاستيلاد، وهذا ينقضه أن المرتهن لو أذن للراهن في الوطء[7]، نفذ استيلاده قطعًا.

قال: وتحرم[8] **إعارة العبد المسلم من الكافر**؛ لتحريم خدمته عليه؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١] وأي سبيل أعظم من الاستخدام.

ولا يمكن أن يجيء القول القديم هاهنا؛ لأن الإعارة لا تقتضي ملكًا حتى

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: فخالف.
(٣) في جـ: كراهية.
(٤) في أ: المرتهنة.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: الرهن.
(٨) في التنبيه: ويحرم.

يؤمر فيه بالنقل؛ كما يفعل معه [فيما][(١)] إذا استأجره.

وقال في الوسيط [إنه][(٢)]: تكره الإعارة منه، ومراده كراهة التنزيه[(٣)]؛ فإنه قال في أول كتاب البيوع: والأولى فيه جواز الإجارة - يعني: من الكافر - كما في الإيداع، والإعارة، وقد صرح بذلك الرافعي هنا.

قال: والصيد من المحرم - أي: سواء كان المعير حلالًا أو محرمًا - لأن[(٤)] المُحْرِم يحرم[(٥)] عليه التصرف في الصيد، وإمساكه [له][(٦)]، وفي الإعارة منه إعانة على محرَّم؛ فحرمت لذلك، وإذا حرمت الإعارة على الحلال، فالاستعارة على المحرم من طريق الأولى.

فرع: إذا استعاره، فتلف في يده، وجب عليه الجزاء، وقيمته؛ لمالكه؛ إن كان حلالًا، وكذا إن كان محرمًا، وقلنا: لا يزول ملكه عنه، وإن قلنا: يزول ملكه، لم يجب عليه [سوى][(٧)] الجزاء.

ولو كان المعير محرمًا، والمستعير حلالًا، فلا جزاء عليه، وعليه القيمة إن قلنا: لا يزول ملك المحرم [عنه][(٨)]، وإن قلنا: بزواله، فلا، وعلى المحرم القيمة؛ لتقصيره بعدم الإرسال؛ [قاله المحاملي][(٩)(١٠)].

قال: ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة؛ لكراهة[(١١)] استخدامهما[(١٢)]؛ لما فيها من تبذلهما.

أما لو استعارهما لا لهذا الغرض، بل ليوفرهما من الخدمة، كانت مستحبة[(١٣)]؛ قاله القاضي أبو الطيب، والكراهة[(١٤)] هاهنا كراهة تنزيه.

---

(١) سقط في جـ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ، جـ: للتنزيه.
(٤) في أ، جـ: لأنه.
(٥) في د: فحرم.
(٦) سقط في أ، جـ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) قوله: ولو استعار صيدا، فتلف في يده: فإن كان المعير محرمًا، والمستعير حلالاً - فلا جزاء على المستعير، وعليه القيمة إن قلنا: لا يزول ملك المحرم عنه، وإن قلنا بزواله فلا، وعلى المحرم القيمة؛ لتقصيره بعدم الإرسال، قاله المحاملي: انتهى كلامه.
وإيجاب القيمة على المحرم سهو، والصواب: الجزاء أو الفدية. [أ و].
(١١) في جـ، د: لكراهية.
(١٢) زاد في أ، د: له.
(١٣) في جـ، أ: مستحقة.
(١٤) في أ، جـ: والكراهية.

وفي الرافعي في كتاب الإجارة: أن [الولد إذا استأجر][١] [عين والده][٢] للخدمة، ففي صحتها وجهان؛ كالوجهين فيما إذا أجر المسلم نفسه من كافر، وهذا التشبيه يقتضي التحريم.

قال: **ومن استعار أرضًا للغراس والبناء، جاز أن يزرع**؛ لأن ضرر الزرع أقل من ضررهما، فإذا رضي به ففيما[٣] دونه أولى.

وشبه الإمام ذلك بما إذا وكله بالشراء بمائة، فاشترى بخمسين ما يساوي مائة.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه يرخي[٤] الأرض؛ حكاه ابن يونس.

وفي المهذب تخصيصه بما إذا استعار للبناء.

ولا خلاف في أنه إذا استعار [أرضًا][٥] للزرع، لا يجوز له الغراس، ولا البناء.

قال: **وإن استعار [أرضًا][٦] للغراس**، أي: لغرس الغراس؛ فإن الغراس هو نفس الأغصان، ويطلق أيضًا على وقت الغرس.

[قال: لم يبن][٧] **وإن استعار للبناء لم يغرس**؛ لاختصاص كل [واحد][٨] منهما بضرر؛ فإن ضرر الغراس في الباطن أكثر؛ بسبب انتشار العروق، وضرره في الظاهر أقل؛ لأنه يمكن الزرع تحته، وضرر البناء في [ظاهر الأرض][٩] أكثر؛ لأنه لا يمكن الزرع تحته، فإذا اختلفا، لم[١٠] يملك وضع أحدهما موضع الآخر؛ كما لو وكله في البيع بدراهم، فباع بذهب.

قال: **وقيل: يغرس فيما استعار للبناء، ويبني فيما استعار للغراس**؛ لأن ضررهما متقارب؛ فإن كلاً منهما يراد للبقاء، ويحتاج إلى الحفر في الأرض، وسد الحفرة؛ فتقاربا[١١].

قال: **وليس بشيء**؛ لما ذكرناه.

وجزم الماوردي بهذا الوجه فيما إذا استعار للبناء، وحكاه مع الأول فيما إذا

(١) في أ: الوالد إذا استأجره.
(٢) في أ، د: غير ولده.
(٣) في أ: فما.
(٤) في جـ: تزجى.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: لم يبن قال.
(٨) سقط في د.
(٩) في أ، جـ: الباطن.
(١٠) في أ: لا.
(١١) في أ، جـ: متقاربا.

استعار للغراس(١).

قال: وإن قال: ازرع الحنطة، زرع الحنطة؛ [لإذنه(٢) فيها](٣)، وما ضرره ضرر الحنطة؛ لأن رضاه بزراعة الحنطة رضًا بزراعة مثلها.

وله من طريق الأولى زراعة الشعير، إلا أن ينهاه؛ فلا يجوز؛ على ظاهر المذهب؛ كما حكاه الإمام.

ولا يجوز له زراعة أضر من الحنطة: كالقطن، والذرة، بلا خلاف.

قال الإمام: فإن قيل: قد قلتم: ليس للمستعير أن يعير [في ظاهر المذهب](٤) وإن كان انتفاع غيره بمثابة انتفاعه، فهلا قلتم: ليس له أن يبدل زرعًا بزرع(٥) مثله؛ جريًا على الاتباع في الموضعين.

[قلنا:](٦) لا استواء؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف واضعي الأيدي، ولا كذلك في المزروع(٧) المتساوي.

وما قاله سؤالًا وجوابًا هو ما [أبداه](٨) القاضي الحسين.

فرع: إذا قال: «ازرع الحنطة»، فزرع الذرة، كان كما لو زرعها [من غير](٩) إذن، وليس كما لو استأجر لزراعة الحنطة، فزرع الذرة؛ حيث قلنا على قول: للمؤجر مطالبته بالمسمى وأرش النقص؛ إذا صحت الإجارة، ولم نعدل عن جنس الزرع، وكان وزان هذا [هنا](١٠): أن يرجع على المستعير بأرش النقص، ليس إلا؛ لأن تسليط المستأجر على الانتفاع يشبه(١١) الملك، وهو قوي؛ بخلاف المستعير.

قال: وإن قال: ازرع، ولم يسم شيئًا ... [إلى آخره](١٢).

هذا من الشيخ - رحمه الله - بناء على أن العارية تجوز للزراعة من غير تعيين ما يزرع، وهو مذهب العراقيين، ووافقهم [فيه](١٣) صاحب التهذيب، وابن

---

(١) في أ، جـ: الغراس.
(٢) في د: لأنه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، جـ.
(٥) في أ: من زرع.
(٦) سقط في جـ، أ.
(٧) في أ: الزرع.
(٨) في جـ: أبدى.
(٩) في أ: بغير.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في أ، د: بنسبه.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) سقط في أ.

كج [وقالوا][١] بجواز الرجوع فيها متى شاء، وطردوا ذلك في جواز الإعارة مطلقًا من غير تقييد بزرع وغيره؛ حتى قال في المهذب: يجوز له إذا قال: «أعرتك لتنتفع بها» أن يزرع، وأن يغرس، وأن يبني، وهو محمول على ما جرت به عادة تلك الأرض من هذه الأنواع؛ كما قيده الماوردي.

ولا يجوز له في هذه الحالة التسليط[٢] على دفن ميت[٣] فيها؛ كما ذكره[٤] الرافعي.

وما ذكروه فهو الصحيح عند غيرهم في مسألة التقييد بالزراعة.

وقيل: لا بد فيها من تعيين ما يزرع؛ [لتفاوت ما يزرع][٥].

قال الرافعي: ولو قيل: تصح الإعارة، ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضررًا - لكان مذهبًا.

والقائل بعدم الصحة عند الإطلاق في الزراعة قائل بعدم الصحة عند [إطلاق الإذن][٦] بالانتفاع من طريق الأولى.

وقد جعل الإمام هذا الوجه في[٧] هذه الحالة أظهر، و[جعله][٨] القاضي الحسين ظاهر المذهب؛ ولأجله جزم في الوجيز به؛ لأن العارية معونة شرعية، جوزت للحاجة، فلتكن على وجه الحاجة.

فعلى هذا لو قال: «أعرتك؛ لتنتفع كيف شئت»، أو لتفعل به ما بدا لك - فوجهان في الوسيط:

وجه الصحة: أنه فوض الأمر إلى مشيئته.

ويظهر [لي][٩] أن يكون الصحيح منهما عنده الصحة؛ فإنه جزم بها[١٠] فيما إذا قال: أجرتك؛ لتنتفع [بها][١١] كيف شئت، حتى يجوز له أن يزرع، ويبني، ويغرس، وكل ما أمكن من المنفعة، مع أن الإجارة لازمة، لا مستدرك لها[١٢].

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) في د: التسلط.
(٣) في د: ميته.
(٤) في د: أشار إليه، وفي أ: أشار.
(٥) في أ، د: للتفاوت.
(٦) في أ: الإطلاق للإذن.
(٧) في أ: من.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: بهما.
(١١) سقط في أ، د.
(١٢) في أ: بها.

وقد حكى في التهذيب(١) في مسألة الإجارة وجهًا: أنها لا تصح، أيضًا.
رجعنا إلى [كلام الشيخ رحمه الله](٢).

قال: **ثم**(٣) **رجع، والزرع قائم، فإن كان مما يحصد قصيلًا** - أي: كالشعير، والفول، ونحوهما؛ عند تناهيه(٤) إلى الحالة التي يقصل فيها - **حصد**؛ لأن العارية ليست بلازمة؛ لأنها مبرة وتبرع(٥) بالمنافع المستقبلة، ولم يتصل بها القبض؛ [فجاز الرجوع](٦) فيها؛ كما في التبرع(٧) بالأعيان قبل القبض.

وإذا كان له الرجوع، وقد أمكن تفريغ الأرض من غير ضرر يلحق المستعير - عمل بموجبه.

والقصيل(٨) في كلام الشيخ، قال النواوي: بمعنى: مقصول أي: مقطوع، وإذا كان كذلك لم يستقم نظمه.

قال: **وإن كان مما لا**(٩) **يحصد** - أي: قصيلًا كالقمح، والذرة، ونحوهما، **ترك إلى الحصاد، وعليه الأجرة من حينئذ**؛ لأن الزرع محترم(١٠)، وله أمد ينتظر؛ فوجب إبقاؤه(١١) بالأجرة إلى أوان حصاده(١٢)؛ جمعًا بين الحقين؛ بخلاف البناء والغراس؛ فإنه لا أمد له ينتظر؛ فلذلك سلطناه على قلعه، أو(١٣) تملكه؛ كما سنذكره.

قال الإمام: وأبعد بعض أصحابنا، فقال: لا يملك المعير طلب الأجرة؛ لأن المنافع صارت في حكم المستوفاة، والمستعير إذا استوفى المنافع، لم يلزمه بعد استيفائها أجرة، ثم نسبه إلى العراقيين، ونسبه الفوراني في كتاب الإجارة إلى [قول](١٤) القفال.

وحكى القاضي أبو الطيب وغيره وجهًا: أن حكم الزرع حكم الغراس، وهو ما حكي في البحر: أن القاضي أبا الطيب اختاره.

---

(١) في جـ: المهذب.
(٢) في جـ: مسألة الكتاب.
(٣) في أ: فإن.
(٤) في أ: تناهيهما.
(٥) في جـ: وتنزع.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: الرجوع.
(٨) في أ: القصد.
(٩) في التنبيه: لم.
(١٠) في جـ، د: محرم.
(١١) في د: إيفاؤه.
(١٢) في أ: الحصاد.
(١٣) في د: لو.
(١٤) سقط في د.

ونسب الإمام تسليط المعير على قلع الزرع - إذا اختاره مع غرامة أرش النقص - إلى تخريج صاحب التقريب، ونبه على [فساد][1] جواز بذل قيمة الزرع؛ لإرادة تملكه وإن لم يصرح بذكره؛ بأن[2] في تغريم [قيمة الزرع][3] قبل الإدراك عسرًا لا يهتدى إليه؛ فإن الزرع إذا كان بقلاً فعاقبته مجهولة [له،][4] فإن قوم بقلاً فهو إفساد وإحباط[5]، وإن قوم بتقدير إدراكه، فلا مطلع على هذا؛ وقيمة البناء والغراس تتيسر[6] في الحال.

فرع: لو أقَّت الإعارة في الزرع مدة، فاتفق تأخير الحصاد عن منتهاها؛ بسبب اختلاف الهواء. قال الإمام -: فلا يقلع وراء[7] المدة - أيضًا - لما ذكرناه.

قلت: ولو خرج على الخلاف في مثله من الإجارة، لم يبعد.

قال: **وإن قال: ازرع الحنطة، لم يقلع إلى الحصاد**؛ لأن العادة جارية بإبقائها[8] إليه، وكان المستعير[9] راضيًا بذلك؛ فالتزم[10] مقتضاه.

فإن قيل: الحنطة مما لا تستحصد قصيلًا، فهذه المسألة مندرجة في قوله: «وإن كان مما لا يحصد [ترك إلى الحصاد»، فأي[11] فائدة في تكرارها؟

قلت: كأن الشيخ أراد بذكرها التنبيه على أن ما لا يحصد][12] قصيلًا إذا أذن فيه المعير بخصوصه، ثم رجع، [لا أجرة][13] له؛ كما حكاه القاضي الحسين وجهًا للأصحاب؛ متمسكًا فيه بأنه لما أذن فيه مع علمه بأوان الحصاد، فقد رضي بكون أرضه مشغولة به إلى تلك الغاية، وجزم في المسألة الأولى بالرجوع بالأجرة؛ لأن الإذن لما كان مطلقًا، لم يتحقق زرع ما يبقى إلى هذه الغاية[14]؛ فلم يفد رضاه بالبقاء إليها.

قال: وإن[15] **استعار أرضًا للغراس، و**[16] **البناء مدة** - أي: كشهر[17] مثلًا -

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، جـ: قال.
(٣) في د: قيمته.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) في د: واحتياط.
(٦) في د: ثبتت.
(٧) في أ: ووراء.
(٨) في د: بإيعارها.
(٩) في أ: المعير.
(١٠) في أ: فالزم.
(١١) في د: ملأى.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في جـ: الحالة.
(١٥) في التنبيه: وإذا.
(١٦) في التنبيه: أو.
(١٧) في أ: شهر.

جاز [له][(١)] **أن يغرس، ويبني ما لم تنقص[(٢)] المدة، أو يرجع فيها.**

وإن[(٣)] استعار مطلقًا، كان[(٤)] له الغراس والبناء ما لم يرجع فيها[(٥)] - أي: فإذا رجع - لا يجوز له ذلك؛ لأنه ملك التصرف بالإذن؛ فيبقى[(٦)] إلى أن يزول، وزواله بما ذكرناه.

وإنما جوزنا الإعارة مقيدة بزمان، وغير مقيدة؛ لأنها عطية[(٧)] لا بدل فيها بحال؛ فصحت معلومة، ومجهولة؛ كالوصية.

فرع: لو أعار للغراس والزرع مطلقًا، قال في التهذيب: لم يزرع إلا زرعًا واحدًا، [أو غراسًا][(٨)] واحدًا؛ حتى لو قلعه لا يغرس بعده إلا بإذن جديد.

وحكى القاضي أبو الطيب فيما إذا أذن له في غرس شجرة في أرضه، فغرسها، ثم قلعها، فهل له أن يعيد بدلها؟ فيه وجهان:

وجه الجواز: أن الإذن [قائم ما][(٩)] لم يرجع، وجعل الوجهين كالوجهين فيما إذا أعاره[(١٠)] حائطًا لوضع الجذوع، فسقطت الجذوع، فهل له أن يعيد غيرها؟

قال: **فإن رجع فيها** أي: بعد البناء والغراس - **فإن كان قد شرط عليه القلع** - [أي][(١١)]: عند رجوعه - **أجبر عليه**؛ لقوله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[(١٢)]

قال: **ولا يكلف تسوية الأرض**؛ لأنه مأذون فيه؛ فلم يلزمه الضمان فيما يحصل[(١٣)] به[(١٤)] من النقص؛ كاستعمال الثوب.

قال: **وإن لم يشترط، واختار المستعير القلع، فقلع[(١٥)]، لم يكلف تسوية الأرض**؛ لأن القلع مباح؛ لكون المقلوع ملكه، وإذن المعير في البناء والغراس مع علمه بأن[(١٦)] له القلع [يتضمن الرضا][(١٧)] بما يحصل من التخريب؛ فلم

(١) سقط في ج، د.
(٢) في التنبيه: إلى أن تنقضي.
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) في التنبيه: جاز.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) في أ: فبقي.
(٧) في د: محطية.
(٨) في د: وغراسًا.
(٩) في أ، ج: فأتمهما.
(١٠) في ج: أعار.
(١١) سقط في ج.
(١٢) تقدم تخريجه.
(١٣) في ج: حصل.
(١٤) في أ: فيه.
(١٥) في التنبيه: وقلع.
(١٦) في د: أن.
(١٧) في أ: فيضمن بالرضا، وفي د: يضمن الرضا.

يلزمه التسوية؛ كما لو شرطه[(١)].

قال: وقيل: **يكلف ذلك**؛ لأن النقص حصل باختياره؛ ولهذا لو امتنع لم يجبر، وإذا كان كذلك، لزمه جبره؛ ليرد العين كما أخذها؛ وهذا ما صححه الرافعي، وصاحب البحر، واختاره في المرشد، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه في نظير المسألة من كتاب الإجارة، وهي إذا انقضت مدة الإجارة، فاختار المستأجر القلع، وأبدى الوجه الأول المذكور[(٢)] هاهنا احتمالًا [فيها][(٣)] لنفسه، مع تصريحه بحكايته هاهنا.

فعلى هذا: لو قلع المستعير بناءه، أو غراسه قبل الرجوع في العارية، أو انتهاء المدة المعينة - لزمه التسوية أيضًا.

وحكى الإمام فيما إذا قلع المستأجر الغراس في أثناء المدة وجهًا عن العراقيين: أنه لا يلزمه التسوية، وإن كان قد[(٤)] قلع بعد [انتهاء المدة][(٥)]، لزمته؛ فقد [يقال بمجيء][(٦)] مثله هاهنا، لكنه وجَّه الوجه المذكور بأنه تصرف في ملكه، وفي الأرض التي تحت يده، وهذه العلة مفقودة هاهنا.

قال: **وإن لم يختر** - أي: المستعير - القلع، **فالمعير بالخيار بين أن يبقي ذلك** [بقيمته][(٧)]، **وبين أن يقلع، ويضمن** [له][(٨)] **أرش ما نقص بالقلع**[(٩)] - أي: إن حصل [به][(١٠)] نقص - فيقوم قائمًا ومقلوعًا، ويجب ما بينهما.

وإنما قلنا: له ذلك؛ لأن العارية مكرمة ومبرة، فلا يليق بها منع المعير من ماله، ولا تضييع مال المستعير؛ لكونه غير ظالم فأثبتنا[(١١)] الرجوع على وجه لا يتضرر به المستعير؛ جمعًا بين الحقين، وربطنا[(١٢)] الأمر باختيار المعير؛ لأنه الذي صدرت منه هذه المكرمة.

---

(١) في جـ، د: شرط.
(٢) في أ: والمذكور.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: لو.
(٥) في د: انتهائها.
(٦) في أ: نقل مجلي.
(٧) سقط في جـ، د.
(٨) سقط في د.
(٩) في جـ: كالقلع.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في جـ: فأثبت.
(١٢) في جـ: وجمعنا.

ولأن الأرض ملكه، وهي أصل، والبناء والغراس [تابع لها، وفرع عنها][١]؛ ولذلك يتبعها في البيع.

أما إذا لم يحصل بالقلع نقص، فليس له إلا القلع.

وقد حكى الشيخ في المهذب وغيره من العراقيين و المراوزة: [أن][٢] للمعير الخيار في خصلة ثالثة، وهي بذل قيمة البناء و الغراس؛ ليتملكهما[٣]، و يعتبر فيهما[٤] حالة البذل، لكن لم يصرح العراقيون عند اختيار البقاء بأن له طلب الأجرة، وسلكوا في ذلك مثل ما قاله الشيخ هنا

وحكى الرافعي عنهم، وعن القاضي[٥] أبي على الزجاجي، وغيرهم: أن المعير يتخير بين خصلتين: القلع وضمان الأرش، والتمليك بالقيمة، دون اختيار التبقية بأجرة، ثم قال: ويشبه أن يكون هو الأظهر في المذهب، وصرح المراوزة بأن له مع اختيار التبقية طلب الأجرة، وهو ما قيد به ابن يونس كلام الشيخ

قال الإمام: وقد نسب الأئمة تخيير المستعير بين هذه الخصال إلى ابن سريج، وهو مذهب كافة الأصحاب.

ثم إذا[٦] اختار المعير خصلة من الثلاث، ووافقه عليها المستعير، فلا كلام.

وإن خالفه، نظر:

فإن عين القلع مع غرامة النقص - فعل، ودخل الأرش في ملك المستعير قهرًا، وله إسقاطه بالإبراء؛ كما صرح به الإمام هاهنا.

وإن عين التبقية بأجرة، فإن قلع، وإلا فهي واجبة على المستعير عند المراوزة.

قال في البحر: ومن أصحابنا من قال: لا يلزم المستعير بذل الأجرة، ولا القلع؛ لأن العارية تقتضي[٧] الانتفاع من غير ضمان، وهو اختيار المزني، وهذا عين[٨] ما حكاه الرافعي عن العراقيين.

وإن عين بذل القيمة؛ ليتملك العين، قال القاضي أبو الطيب، وأبو الحسن العبادي، والغزالي: أجبر المستعير على قبولها، وظاهر هذا يقتضي أنه يتملك

---

(١) في أ، د: فرع تابع لها.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) في أ: ليملكهما.
(٤) في أ: قيمتهما.
(٥) في ج: الشيخ.
(٦) في أ: إن.
(٧) زاد في أ: أيضًا.
(٨) في أ: غير.

ذلك عليه قهرًا؛ كما في الشفعة، وسنذكر[(١)] [من][(٢)] بعد عن المحاملي ما يعضده.

وقال الماوردي في هذه الحالة: إذا لم تحصل الموافقة، قلع بناءه وغراسه مجانًا، وهو[(٣)] ما صرح به القاضي الحسين، وأبداه الإمام هاهنا احتمالًا لنفسه، وحمل عليه إطلاق [كلام][(٤)] الأئمة.

وفي الرافعي [أن][(٥)] من اعتبر - يعني: من أصحابنا - رضا المستعير في التمليك [بالقيمة][(٦)]، لا نكلفه التفريغ، بل يكون الحكم عنده كالحكم فيما إذا لم يجز[(٧)] المعير شيئًا مما خيرناه فيه.

وحكى الإمام عن ابن سريج فيما إذا انقضت مدة الإجارة، والبناء قائم في الأرض، ولم يشترط عليه[(٨)] القلع: أن الأجير[(٩)] يتخير بين الخصال الثلاث التي ذكرناها، وأي خصلة عينها، فلم يرض بها صاحب البناء، فيقال له: إما أن ترضى [بها][(١٠)] وإما أن تقلع بناءك مجانًا؛ وأن ما ذكره ابن سريج [هو الذي قطع به معظم أئمة المذهب.

ثم حكى [عن][(١١)] الشيخ أبي علي أنه قال: فيما ذكره ابن سريج][(١٢)] نظر عندي؛ فإني أقول: إذا عين صاحب الأرض خصلة، وامتنع [منها][(١٣)] صاحب البناء، فله أن يقلع بناءه، ولا يقلعه مجانًا؛ إذ يستحيل أن يحبط[(١٤)] حقه، ويبطل ملكه بسبب امتناعه عما له الامتناع عنه؛ حتى يصير في حكم من بنى في[(١٥)] أرض مغصوبة.

وبيان ذلك: أنه إذا قال صاحب الأرض: [بع مني فامتنع][(١٦)]، فلا سبيل إلى أن يباع ملكه عليه قهرًا، ولكن يقال له: إن بعت منه ذلك فذاك، وإلا فاقلع، ولك أرش ما ينقصه القلع.

---

(١) في أ، جـ: وسنذكره.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وهذا.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ، جـ: يحبذ.
(٨) في أ: كلفة.
(٩) في أ: الآجر.
(١٠) سقط في أ، جـ.
(١١) سقط في جـ.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في د: يحط.
(١٥) في أ، د: على.
(١٦) سقط في أ، جـ.

قال الإمام: وحقيقة ما ذكره الشيخ أبو علي يئول إلى أن مالك الأرض يجبر صاحب البناء [على القلع][(١)]، ويغرم له أرش النقص، وهو مخالف لقول المعظم وإن كان متجهًا في المعنى.

[قلت: وما قاله الشيخ أبو علي قد صرح بمثله البندنيجي، وابن الصباغ فيما إذا دفع إنسان[(٢)] لشخص أرضًا؛ ليغرسها بغراس من عنده؛ ليكون الغراس والأرض مشتركين بينهما؛ حيث قالا: إن الغراس محترم في هذه الصورة إذا وقع، فلو أراد صاحب الأرض تملكه، وقال صاحب الغراس: بل أقلعه، وأغرمك أرش النقص - فإن المجاب صاحب الغراس.

وهكذا الحكم فيما لو قال صاحب الأرض: أبق الغراس بأجرة، وقال رب[(٣)] الغراس: بل أقلعه، وأغرمك أرش النقص - أن المجاب صاحب الغراس.

وللمالك أن يسقط عن نفسه غرامة [الأرش][(٤)] بأن يقره [بغير أجرة][(٥)]؛ ذكر ذلك في كتاب القراض][(٦)].

ولاخلاف أن المستعير لو بذل قيمة الأرض؛ ليتملكها - لم يجب؛ لأنها أصل؛ فلا تتبع الفرع؛ بخلاف البناء والغراس؛ ولأن ملكها أسبق.

واعلم أن محل تخيير المعير في الخصال الثلاث إذا كانت الأرض كلها له، أما لو كان للمستعير[(٧)] شيء فيها، لم يكن للمعير إلا التبقية بأجرة؛ كما صرح به المتولي.

واعتبر القاضي الحسين في تنجيز التخيير عند الرجوع ألَّا يكون على الأشجار ثمرة لم يبد صلاحها، أما لو كانت، فلا يخير[(٨)] في الخصال إلا بعد جذاذها؛ كما في الزرع؛ لأن لها أمدًا ينتظر؛ قاله في كتاب الصلح؛ وعلى ذلك جرى الإمام ثم.

فائدة: قال الإمام في كتاب الإجارة: إذا طلب المالك القلع مع بذله أرش النقص، فأجرة القلع على من؟ هذا مما لم يصرح به الأصحاب وكنت من أمرهم

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: اثنان.
(٣) في أ: صاحب.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: بأجرة.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: للمعير.
(٨) في أ: تخيير.

فيه على تردد، [والظاهر][(١)] من كلام المعظم: أن ذلك على صاحب البناء، وإذا قلع فعليه النقل، والتفريغ.

ثم قال: وفي كلام الأصحاب ما يدل على أن مؤنة القلع على صاحب[(٢)] الأرض؛ كما أن عليه ما ينقصه القلع، وهو متجه جدًّا.

وأما النقل والتحويل، فعلى مالك الأرض[(٣)] بلاخلاف.

قال: وإن تشاحا - أي: تباخلا - فامتنع المعير من البذل، وطلب القلع مجانًا، وامتنع المستعير من القلع مجانًا؛ فإنه ليس بواجب عليه[(٤)] بذل الأجرة - لم يجبر المستعير[(٥)] على القلع؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[(٦)]، والمستعير ليس بظالم؛ فلم يجز أن يؤخذ بالقلع [كالظالم][(٧)].

قال الماوردي: ومتى وجد الشرطان - وجب الإقرار، ومتى فقد أحدهما - تعين القلع.

وأراد بالشرطين: بذل الأجرة، وامتناع المعير من البذل مع طلب القلع.

وفي ابن يونس حكاية وجه فيما إذا طلب المعير [القلع][(٨)] من غير أرش، وبذل المستعير الأجرة: أنه يجبر على القلع.

وفي المهذب حكاية وجه فيما إذا امتنع المستعير من بذل الأجرة، ومن القلع، وامتنع المعير من بذل الأرش مع طلب القلع: أن القلع يمتنع، وإطلاق الجمهور

---

(١) في أ: أيضًا فالظاهر.

(٢) في د: مالك.

(٣) في أ، د: النقص.

(٤) زاد في أ، ج، د: و.

(٥) في أ، ج، د: المعير.

(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٨)، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: إحياء الموات (٣٠٧٣)، والترمذي (٣/ ٦٦٢) في كتاب الأحكام، باب: ما ذكر في إحياء أرض الموات (١٣٧٨)، وقال: حديث حسن غريب، والبيهقي في السنن (٦/ ٩٩ - ١٤٨)، والطبراني في الكبير (١٧/ ١٤)، وابن أبي شيبة (٧/ ٤٧٩)، وأخرجه عن عروة مرسلًا مالك في الموطأ (٢/ ٧٤٣)، في الأقضية، باب: القضاء في عمارة الموات (٢٦).
وقال الألباني في «الصحيحة» (٢/ ١٠٧): وهذا إسناد صحيح على شرط الشيخين.
وزاد في «الإرواء» (٦/ ٤): ولا يضر اختلاف الرواة في إسناده على هشام؛ لاتفاق جماعة من الثقات على روايته عنه هكذا، ومن الظاهر أن لهشام فيه عدة أسانيد هذا أحدها.

(٧) سقط في ج.

(٨) سقط في أ.

هاهنا دال عليه و[هو][١] ما جعله الإمام أظهر الوجهين في باب الإجارة.

وحكى وجهًا عند امتناع مالك الأرض من بذل [أرش النقص، وطلب القلع، وامتناع مالك البناء من إجابته، ومن بذل][٢] الأجرة: أن البناء يقلع، ويجب على مالك الأرض أرش النقص.

وحكى في البحر: أن بعض أصحابنا ذهب إلى أن الأرض، والبناء أو الغراس[٣] يباعان عليهما في هذه الحالة، ويوزع الثمن [عليهما][٤] على قدر قيمتهما، وكيفية[٥] التوزيع قد قدمتها في كتاب الرهن.

والمذهب: [عدم][٦] الإجبار.

فعلى هذا: هل تجب الأجرة؟ قال الإمام في الإجارة: والظاهر الوجوب، وعقبه بأن ما ذكرته لا اختصاص له بالإجارة، بل يجري في الإعارة، وكل ما في معناها.

وقد تحصل[٧] من مجموع ما ذكرناه عند طلب المعير القلع بغير أرش، وامتناع المستعير منه - ستة أوجه:

[أحدها]: لا يقلع، وتجب أجرة المثل.

[الثاني] لا يقلع، ولا أجرة.

[الثالث]: يقلع، ويجب الأرش.

[الرابع]: يقلع، ولا أرش؛ إن بذل المستعير الأجرة.

[الخامس]: لم يقلع، وإلا قلع.

[السادس]: يباعان عليهما.

وكلام الشيخ يقتضي[٨] عدم القلع والبيع؛ فإنه ذكر ما يترتب على ذلك؛ حيث قال: لم يمنع المعير من دخول أرضه، أي: وإن كان مستغلًّا[٩] البناء والغراس[١٠]؛

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في د.

(٣) زاد في د: أو البناء.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ: نفقة.

(٦) سقط في أ.

(٧) في د: يتخيل.

(٨) زاد في جـ: منها.

(٩) في جـ: مسطلًا.

(١٠) في أ، جـ: بالغراس والبناء.

لأن الأجرة مأخوذة على[1] إقرار الغراس والبناء، والبياض الذي بين إنشائه ليس بمشغول بملك الغير، ولا أخذ عنه أجرة؛ فلا يجوز منعه منه.

وهكذا لو بذلت [له][2] عنه أجرة، لم يلزمه قبولها.

نعم: ليس له أن يستند إلى شيء من ذلك، ولا [أن][3] يربط فيه شيئًا؛ كما حكاه المحاملي، والماوردي، والقاضي الحسين.

ثم قال: وقد ذكرنا في كتاب الصلح في مثل هذا: أنه يستند، [والله أعلم][4].

قال: **ويمنع المستعير من دخولها؛ للتفرج**؛ لأنه انتفاع بملك الغير بغير إذنه، **ولا يمنع من دخولها؛ للسقي، والإصلاح** - [أي][5] [كذا][6] لجني الثمار، و[نحوه][7] - لأنا لو لم نمكنه من ذلك، لأتلفنا عليه ماله؛ فألحقنا به الضرر، وهو منهي عنه شرعًا؛ وهذا[8] قول ابن أبي هريرة، وهو المذهب[9] في البحر، والأصح عند الشيخ، والإمام، وغيرهما.

فعلى هذا: إذا[10] تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله، لا يمكن إلا بأجرة؛ قاله في التتمة.

قال: **وقيل: يمنع من ذلك**؛ لأنه انتفاع بملك الغير؛ فلا يجوز من غير إذنه.

قال الإمام: وهذا سرف، وفيه إرهاق[11] إلى هدم البناء، وتعطيل الثمار.

قال: **فإن أراد صاحب الأرض بيع الأرض - جاز**؛ لخلوص [الحق له][12] فيها[13].

وحكى الإمام في باب الإجارة في جواز البيع بعد انقضاء المدة - وجهين؛ على [قولنا][14] بمنع بيع المستأجر، وحكاهما هنا صاحب البحر، ورجح وجه المنع، ووجهه بأن مدة الغراس فيها مجهولة، واسترجاعها غير ممكن إلا ببذل قيمة الغراس، أو أرش النقص، وذلك غير واجب على المعير، ولا على المشتري.

---

(١) في أ: من.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في جـ: هو.
(٩) في جـ: المذكور.
(١٠) في أ: لو.
(١١) في جـ: إزهاء.
(١٢) في جـ: الحوالة.
(١٣) في د: منها.
(١٤) سقط في جـ.

ثم إذا جوزنا البيع، ثبت للمشتري الخيار؛ إن كان جاهلًا بالحال، وإن كان عالمًا، أو رضي بعد العلم - ثبت له ما كان للبائع من الخيار [بين][(١)] الخصال الثلاثة أو الخصلتين[؛ كما][(٢)] صرح به القاضي الحسين هنا.

و[قال][(٣)] في البحر: [إنا][(٤)] إذا صححنا البيع أخذنا المستعير بقلع الغراس، وأجبرنا البائع على بذل نقص الغراس؛ لأنه من حقوق التسليم؛ كما يجبر على مؤنة التسليم.

قال: وإن أراد صاحب الغراس بيع الغراس - جاز.

وقيل: لا يجوز من غير صاحب الأرض.

هذا الخلاف بناه القاضي أبو الطيب على أن المستعير هل له الدخول للسقي، والإصلاح، أم لا؟

فإن كان[(٥)] له، جاز بيعه من الغير؛ لأنه يتمكن من تسليمها، [وتسلمها][(٦)].

وإن [لم يكن له][(٧)]، لم يجز البيع؛ لعدم القدرة على التسليم.

ومقتضى هذا البناء أن يكون الصحيح الجواز؛ كما صرح به في المهذب، وغيره.

وبناه الماوردي على أن المستعير[(٨)]: هل له [أن][(٩)] يعير أم لا؟ لأنا لو صححنا البيع، كان المشتري مع[(١٠)] المعير [كالبائع][(١١)].

ومقتضى هذا [البناء][(١٢)]: أن يكون الصحيح المنع.

ووجَّه المحاملي [المنع][(١٣)] بأن ملك المستعير[(١٤)] على ذلك غير مستقر[(١٥)]؛ فإن لصاحب الأرض أن يدفع إليه قيمة غراسه، ويزيل [ملكه][(١٦)].

[ووجه الجواز - وهو الصحيح-: بأنه ملكه، وأكثر ما فيه: أن غيره يملك

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: قلنا.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: المعير.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: منع.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في د.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في أ: المشتري.
(١٥) في أ: المستعير.
(١٦) سقط في أ.

إسقاط حقه، وإزالة ملكه عنه][1]، وهو لا يمنع صحة البيع؛ كما في بيع الشقص المشفوع.

واعلم أن هذا كله فيما إذا كان الرجوع في العارية المطلقة بلا خلاف، أما الرجوع في المؤقتة، فقد اختلف فيها الأئمة:

فالذي ذهب إليه الجمهور: أن الحكم كذلك.

وذكر الإمام عن صاحب التقريب: أنه خرج لنفسه احتمالًا في أن الحكم في حال بقاء المدة كالحكم في الإعارة للزرع الذي لا يحصد قصيلًا، وبعد انقضاء المدة، يكون الحكم [كما في العارية][2] المطلقة بعد الرجوع.

وروى الماوردي [عن المزني][3]: أن للمعير بعد انقضاء المدة القلع مجانًا، وكذلك مذهبه فيما إذا انقضت مدة [إجارة][4] البناء، والغراس.

وحكى أبو علي الزجاجي قولًا مثل مذهبه في العارية عن رواية الساجي[5]، قال الرافعي: وهو اختيار القاضي الروياني، والذي رأيته في البحر تخطئته.

وقال الإمام: قد صار طائفة من الأئمة إلى موافقته في مسألة [الإجارة [وفى كلام القاضي رمز إليه، ثم حكى عن بعض الأئمة موافقته في مسألة][6] العارية دون مسألة الإجارة][7]، وقال: الفرق: أن التأقيت في الإجارة مستحق؛ لإعلام المعقود عليه؛ فلم يتعين حمله على اعتبار القلع مجانًا؛ بخلاف العارية؛ فإنها تصح مطلقة ومؤقتة؛ فانتفى[8] هذا الاحتمال فيها، وكانت فائدة التأقيت القلع مجانًا.

والمذهب الأول؛ فإن التأقيت كما يجوز أن يكون لهذا الغرض[9] يجوز أن يكون للمنع من إحداث البناء والغراس بعده، أو[10] لطلب الأجرة؛ فلا يسقط حق المستعير بالشك.

فرع: على مذهب المزني ومن وافقه: إذا قال رب الأرض: انقضت المدة،

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: في الإعارة.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ، ج: الباجي.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في ج.
(٨) في أ: ويبقى.
(٩) في د: العوض.
(١٠) في أ: و.

وقال الثاني: لم تنقض المدة - فالقول قول صاحب الأرض مع يمينه؛ حكاه في البحر عن [القاضي][(١)] أبي علي الزجاجي، وفيه نظر؛ فإن[(٢)] الأصل بقاء المدة، ولذلك جعل [القول][(٣)] قول المستأجر في مثل هذه الصورة.

قال: وإن حمل الماء بذرًا[(٤)] أي[(٥)]: حنطة، أو نوى، أو غيرهما - لرجل إلى أرض غيره[(٦)] **فنبتت**[(٧)]، **فقد قيل: يجبر على قلعه** - أي: مجانًا - لأن ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه؛ فأجبر على إزالته و إن لم يكن بفعله؛ كما لو حصلت أغصان شجرة في هواء[(٨)] دار غيره؛ وهذا هو الصحيح في الطرق.

وعلى هذا: لا أجرة على صاحب البذر[(٩)] لما مضى.

قال القاضي أبو الطيب: لأنه حصل بغير صنع منه.

قال الماوردي: وكذا لوحمل الهواء شيئًا لرجل، فملأ به دار غيره[(١٠)]، لا أجرة عليه.

قال: [**وقيل**][(١١)]: **لا يجبر** - أي: مجانًا - بل هو كما لو حصل ذلك بإذن المالك، ثم رجع في العارية؛ لأنه غير متعد في إنباته فأشبه المستعير.

قال في البحر: وعلى هذا إذا قلع، لزمه تسوية الأرض:

ولا يخفى أن الهواء إذا حمل ذلك، كان كحمل الماء.

وقال الماوردي في كتاب الغصب: أصح[(١٢)] من هذين الوجهين عندي: أن ينظر في الزرع بعد قلعه: فإن كانت قيمته كقيمة الحنطة أو أكثر - [أي: إن كان البذر حنطة][(١٣)] أجبر على قلعه.

وإن كانت أقل من قيمة الحنطة، لم تقلع و يندفع الضرر عن صاحب الأرض بالأجرة.

ولو حمل الهواء أو الماء ما لا قيمة له من نواة واحدة، أو حبات، فنبتت، فهي

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) زاد في أ: نظم.
(٣) سقط في د.
(٤) زاد في أ: لرجل.
(٥) في جـ، د: أو.
(٦) في التنبيه: آخر.
(٧) في التنبيه: فنبت.
(٨) زاد في أ: دار.
(٩) في أ: اليد.
(١٠) في أ: إنسان.
(١١) سقط في د.
(١٢) في أ: الأصح.
(١٣) سقط في جـ.

لمالك الأرض في وجه، ولمالك الأصل[(١)] في وجه؛ لأنها محرمة الأخذ؛ فعلى هذا الحكم كما تقدم.

قال: وإن استعار شيئًا؛ ليرهنه بدين؛ فرهنه، ففيه قولان، أي: منصوصان في الرهن الصغير من الأم؛ كما صرح به أبو حامد، ومن تابعه، والغزالي قال: إنهما مأخوذان من تردد الشافعي في المسألة.

قال: أحدهما: أن حكمه حكم العارية؛ لأنه قبض مال[(٢)] الغير بإذنه[(٣)]؛ لمنفعة نفسه منفردًا بها[(٤)]؛ فكانت عارية؛ كما لو قبضه للخدمة.

قال: فإن تلف[(٥)] في يد المرتهن، أو بيع[(٦)] في الدين، ضمنها المستعير بقيمتها؛ لأن العارية مضمونة بالقيمة.

وأي وقت تعتبر فيه القيمة؟ سيأتي الكلام فيه؛ وهذا ما حكاه الجمهور.

وقال القاضي أبو الطيب: إذا بيعت [بأكثر][(٧)] من القيمة، رجع المعير بما بيعت به؛ لأنه ملك الثمن قبل إيفائه[(٨)]؛ فكان كالعين؛ وهذا ما صححه ابن الصباغ، والإمام، وغيرهما.

قال: والثاني: أن المعير كالضامن للدين[(٩)] في تلك العين؛ لأن الأعيان كالذمم؛ بدليل جواز التصرف فيهما، وقد صح الضمان في الذمة[(١٠)]؛ فكذلك في العين[(١١)].

قال القاضي أبو الطيب: ولأن العارية ما أتلفت[(١٢)] منافعها، وحيل [بين صاحبها][(١٣)] وبين الانتفاع بها في حال الاستعارة، وقد أجمعنا على أن منفعة العين المعارة هاهنا لصاحبها؛ فوجب ألا تكون إعارة، وإذا بطل كونه إعارة تعين[(١٤)] أن يكون ضمانًا؛ لأنه لا يحتمل غيرهما؛ وهذا هو مختار الشافعي، وعليه نص في الرهن الكبير؛ كما حكاه البندنيجي، وصححه، ووافقه في

---

(١) في أ: البذر.
(٢) في أ، د: ملك.
(٣) في أ: لغير إذنه.
(٤) في أ: به.
(٥) في التنبيه: تلفت.
(٦) في د: الرهن، وفي التنبيه: بيعت.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: اتفاقه.
(٩) في جـ: من الدين.
(١٠) في أ: العين.
(١١) في أ: القيمة.
(١٢) في جـ: أتلف.
(١٣) في أ: بينها.
(١٤) في جـ: بغير.

التصحيح الرافعي، وغيره.

قال: **فلا يجوز حتى يبين جنس الدين، وقدره، وصفته**؛ أي: من صحة وتكسير، وحلول وتأجيل، وغير ذلك؛ كما في الضمان.

وهل يشترط معرفة من يرهن عنده؟ فيه خلاف؛ أصله[١]: اشتراط معرفة الضامن للمضمون[٢] له.

والأصح - هاهنا-: الوجوب.

وحكي عن القديم أنه أجاز[٣] السكوت عن الحلول والأجل.

وهذا الكلام من الشيخ فيه إشعار أنا على القول الأول لا نشترط شيئًا من ذلك، وقد صرح به غيره.

وقال: لا يشترط معرفة المعير المرهون عنده، [عليه][٤] أيضًا.

قال: **وإذا تلف في يد المرتهن - لم يرجع المعير بشيء**؛ لأنه لم يقض[٥] عنه شيئًا، والضامن لا يرجع ما[٦] لم يقض.

وهكذا الحكم فيما لو تلف في يد الراهن عند[٧] الشيخ أبي حامد.

وكلام الغزالي الآتي ذكره يقتضي أنه يضمن على القولين معًا.

قال: **وإن بيع [في][٨] الدين - رجع بما بيع به**؛ لأنه القدر الذي غرمه.

ثم الحالة التي يسوغ فيها البيع ما هي؟

قال البندنيجي: المرتهن يطالب الراهن بوفاء دينه، فإن لم يوفه، طالبه ببيع الرهن [به][٩] فإن امتنع، باعه الحاكم، ومتى باع هو أو الحاكم، ففي قدر ما يرجع به المعير ما ذكرناه.

وفي النهاية: إذا أراد المستعير بيع العين في وفاء الدين دون مراجعة المعير - فعلى الأول: لم يجد[١٠] [إليه][١١] سبيلا، ولا يبيعه إلا بإذن مجدد.

---

(١) زاد في جـ: معرفة.
(٢) في د: والمضمون.
(٣) في جـ: اختار.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ، د: يقبض.
(٦) في أ، د: بما.
(٧) في أ: عن.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في أ، جـ.
(١٠) في جـ: لا.
(١١) سقط في أ.

قال الإمام: وقياس طريق القاضي - [أي][1]: في أن العارية لازمة على هذا القول؛ كما سنذكره - أنه يجوز بيع الرهن عند الإعسار من غير مراجعة.

وعلى الثاني: ليس له الانفراد ببيع الرهن ما وجد اقتدارًا على أداء الدين من مال نفسه، فإن أفلس، ولم يجد ما يوفي به دينه، فيباع المرهون في دينه وإن سخط المعير.

وأبدى الرافعي احتمالًا لنفسه في جواز البيع [في][2] حال اليسار [كما يطالب الضامن في حال اليسار][3]، وكأنه لم يقف على ما حكاه البندنيجي[4].

وقد بقي من تمام [التفريع على القولين][5] مسائل:

منها: هل يملك المعير مطالبة المستعير بفك الرهن[6]؟

قال الأصحاب: إن كان [الدين][7] حالاً، ملك ذلك على القولين جميعًا، وإن كان مؤجلًا، فعلى الأول: نعم، وعلى الثاني: لا؛ إذ الضامن لا يمكن له مطالبة المضمون عنه[8] [إذا كان الدين مؤجلًا قبل حلوله.

فإن قيل: قد حكيتم فيما إذا ضمن بإذنه و[كان مؤجلًا وفيما إذا ضمن بإذنه و][9] كان الدين حالاً - خلافًا في أن الضامن هل يملك مطالبة المضمون عنه بتخليصه أم لا؟][10]

ولم تجروه هاهنا على قول الضمان.

قلنا: قد فرق الإمام بينهما بأن الضامن قبل أن يغرم ليس عليه بأس إلا تعلق

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في جـ.

(٤) قوله - في الكلام على ما إذا استعار شيئًا ورهنه-: وأبدى الرافعي احتمالا لنفسه في جواز البيع في حال يسار الراهن، كما يطالب الضامن في حال اليسار، وكأنه لم يقف على ما حكيناه عن البندنيجي. انتهى كلامه.
وما ادعاه من أن الرافعي حكى ذلك احتمالا لنفسه ليس كما قال؛ وذلك أن الرافعي أولا نقل عن الإمام وحده: أنه لا يباع إلا بعد الإعسار ثم استدرك عليه؛ فقال: إن قياس المذهب هو البيع مطلقًا. وهذا اللفظ لا يقال فيه: إنه احتمال، ولا: إنه له، بل بيان لحكم المسألة؛ ولأجل ذلك جزم به في «المحرر». [أ و].

(٥) في أ: تفاريع القولين.

(٦) في جـ: المرهن.

(٧) سقط في أ، د.

(٨) زاد في أ: بخلافه.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في جـ.

الدين بذمته، و[لا][(١)] كذلك ما نحن فيه؛ فإن العين المستعارة مستغلة بوثيقة الرهن فكان شبيهًا بأداء الضامن ما ضمنه.

ومنها: لو [كان][(٢)] المستعار عبدًا، فأعتقه المعير بعد القبض.

قال القاضي الحسين: إن قلنا بالثاني - نفذ.

وفي التهذيب: أنه مخرج على عتق المرهون.

[وإن قلنا][(٣)] بالأول، قال القاضي: كان بمثابة عتق الراهن [المالك][(٤)] للعبد المرهون، وهو بناء على [أن][(٥)] الصحيح فيه[(٦)] أن الرهن لازم.

قال الإمام: ومعظم الأصحاب على مخالفته في ذلك؛ فإنهم ضعفوا الرهن وحكمه على قول العارية، وألزموه، وأكدوه على قول الضمان.

والوجه عندنا تنزيل العبد على قول الضمان منزلة العبد الجاني الذي تعلق الأرش برقبته.

ومنها: لو جنى العبد المستعار، فعلى الثاني: لا ضمان على المعير؛ لأن يده ليست يد[(٧)] ضمان؛ على هذا القول.

قال الإمام: فما ظنك باليد المتفرعة[(٨)] على يده.

فإن قلنا: الرهن عارية، فهل يجب الضمان على المستعير؟ فيه وجهان مبنيان على أن العارية تضمن ضمان المغصوب[(٩)] [أم لا][(١٠)]؟ فعلى الأول: يضمن أرش الجناية، وهو الأقيس في النهاية، وبه جزم البندنيجي، والبغوي.

وعلى الثاني: لا.

وعلى القولين معًا: إذا تلف الرهن في يد المرتهن، لا يطالب بشيء، وكلام الغزالي يشعر بالمطالبة على قول الضمان؛ فإنه قال: وحقيقة هذا العقد لا تتمحض، بل هو فيما يدور [بين المرتهن والراهن رهن محض، وفيما بين

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: فإن قال.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) في أ، د: في.
(٧) في أ، د: بيد.
(٨) في أ، د: المتفرغة.
(٩) في أ، د: الغصوب.
(١٠) في أ: أو لا.

المستعير والمعير عارية، وفيما][1] بين المعير والمرتهن تزدحم عليه مشابهة العارية والضمان؛ وهو غير مساعد عليه.

نعم: حكى الإمام تفريعًا على مذهب ابن سريج [في][2] أن الرهن باطل على قول العارية - كما سنذكره - ترددًا في ضمانه، وقال: الظاهر: أنه لا يضمن.

وعلى القولين معًا: إذا استعار ليرهن [من شخص، لم يجز أن يرهن من غيره وإن لم يشترط معرفته في الابتداء][3]، وإذا استعار ليرهن بدين حال لا يجوز أن يرهن بدين مؤجل، وكذلك العكس، وإذا استعار ليرهن[4] [بجنس، أو بصفة، لا يجوز أن يرهن بغير ذلك، ولو عين قدرًا، جاز أن يرهن][5] بدونه، دون ما فوقه، فلو فعل، بطل في الجميع في ظاهر المذهب، في تعليق القاضي أبي الطيب، وهو الذي صار إليه المعظم؛ كما حكاه الإمام، وجزم به [في][6] المهذب.

وقيل: يبطل في القدر الزائد، وفي [القدر][7] المأذون فيه قولا تفريق الصفقة.

وعد[8] الإمام هذا من تخريج صاحب التقريب.

وعلى القولين معًا: للمضمون عنه الرجوع في العين قبل الرهن وبعده، وقبل القبض؛ لأنه إذا لم يلزم في حق المستعير، ففي حق المعير أولى وليس له الرجوع بعد القبض عند العراقيين، والقاضي ابن كج، والحسين، وإن كان في الوسيط قد حكي عن القاضي: أنه له الرجوع في هذه الحالة؛ على قول العارية، والمنقول عنه في النهاية والبسيط: الأول.

نعم حكى العراقيون عن ابن سريج على قول العارية: أن الرهن لا يصح؛ لأن العارية لا تكون لازمة، والرهن لازم، وأجابوا[9]: بأنها ليست بلازمة هاهنا، فإن للمعير مطالبة المستعير بالفكاك؛ على قول العارية، بكل[10] حال كما ذكرناه.

وغيرهم[11] أجاب بأن العارية قد تفضي إلى اللزوم في موضع؛ كما في الإعارة للدفن؛ لحرمة الميت؛ فكذلك هاهنا؛ لأن في رجوعه إبطالًا لوثيقة الرهن.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ج.
(٨) في أ: وعند.
(٩) في ج: وأجابوه.
(١٠) في ج: وكل.
(١١) في أ: وبعضهم.

وحكى الإمام: أن صاحب التقريب والشيخ [أبا محمد](١)، والأثبات من أصحاب القفال - صاروا إلى أن للمعير الرجوع على قول العارية متى شاء، فيسترد العين.

ثم قال: وهذا عندي راجع إلى ما صار إليه ابن سريج؛ فإن الرهن إذا كان لا يلزم، [ولا يملك](٢) المستعير بيعه في دينه - كما ذكرناه - فلا أثر للحكم بصحته.

وحكي عن صاحب التقريب فيما إذا كان الدين مؤجلًا، هل له أن يرجع في العين في الحال؟

[فيه وجهان](٣):

أحدهما: نعم؛ كما بعد الحلول.

والثاني: لا؛ لأنه أقت إذنه، وربط به شيئًا؛ فصار كما لو أعاره للغراس [إلى مدة](٤).

فرع: لو قال مالك العبد: «ضمنت ما لفلان عليك في رقبة عبدي [هذا](٥)»، ولم يقبل المضمون له - قال ابن كج: صح على قول الضمان، ويكون كالإعارة [للرهن](٦)؛ وهذا منه تفريع على أنه لا يشترط القبول [في الضمان](٧).

قال الإمام: وعلى هذا يدل كلام القاضي.

ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المتعلق [بالأعيان؛ تقريبًا له من المرهون](٨) وإن [قلنا:](٩) لا يعتبر في الضمان المطلق](١٠) في الذمة، ويجوز ألاَّ يعتبر؛ نظرًا إلى اللفظ، فإن الشروط قد تختلف باختلاف الألفاظ وإن اتحد المقصود؛ فإن المذهب أن الإبراء لا يفتقر إلى القبول، ولو كان بلفظ الهبة، افتقر إليه؛ على الأصح.

فرع: لو استعار منه شيئًا؛ ليؤجره - جاز؛ على وجه حكاه الرافعي في

---

(١) في أ: أبا حامد.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، د: وجهين.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في أ.
(٨) في د: الرهون.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في أ.

آخر[١] الإجارة عن ابن كج؛ كما لو استعاره؛ ليرهنه.

قال: **وإن أعاره حائطًا؛ لوضع الجذوع، لم يرجع فيها ما دامت الجذوع عليها**[٢] - أي: محكمة - لأن الشيء ينتفي؛ لانتفاء ثمرته، وثمرة الرجوع هاهنا [منتفية؛ فانتفى لذلك، وإنما قلنا: إن الثمرة][٣] منتفية؛ لأنها منحصرة في تملك ما أحدث في المستعار بالقيمة أو المطالبة بقلعه مع بذل أرش النقص، أو مجانًا، أو طلبَ الأجرةِ، وكل منها منتفٍ:

أما التمليك؛ فلأنه لا سبيل إلى تملك كل الجذع؛ لأنه إنما يتملك ما علا ملكه، وبعضه لم يعله، بل علا ملك صاحبه.

ولا سبيل إلى تملك رأس الجذوع؛ لأنه لا منفعة فيه، وقد يتضمن بيع ما تنقص قيمته بقلعه.

وأما القلع مع ضمان أرش النقص، فلأن الجذع إذا رفع[٤] طرفه من حائط، لم يستمسك على الحائط الآخر؛ فاستلزم القلع[٥] إجباره على إزالة ملكه عن ملكه، وليس للمعير الإجبار على مثل ذلك؛ ألا ترى أنه لو أعاره حصته من أرض له فيها حصة؛ ليبني فيها، أو يغرس - لم يملك إجباره على القلع؛ فكذلك هاهنا. وأما القلع مجانًا؛ فلأنه إذا امتنع القلع مع ضمان النقصان - لما ذكرناه - فمع عدمه أولى، مع أنه أذن فيه، وهو مراد للبقاء؛ فأشبه البناء والغراس.

وأما طلب الأجرة؛ فلأن هذه المنفعة مسامح بها، ولم تجر عادة بمقابلتها بالأعواض[٦]؛ ولهذا أجبر عليها [في القديم، وجازت المصالحة عليها][٧] لا إلى غاية؛ لتمكن[٨] مالك الجدار من الانتفاع به مع بقاء الجذوع؛ بخلاف الأرض المعارة للبناء والغراس؛ فإن العادة[٩] جارية بأخذ مقابل منفعتها؛ فإن الانتفاع بها متعذر مع ذلك؛ وهذا ما حكى الرافعي أنه مذهب العراقيين، وحكى الإمام - هاهنا -: أنه الذي أطلقه المحققون.

---

(١) في أ: كتاب.
(٢) في التنبيه: عليه الجذوع.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: وقع.
(٥) في أ: القطع.
(٦) في ج: بالإعراض.
(٧) سقط في ج.
(٨) في أ: لتملك.
(٩) في أ، ج: العادية.

وحكى الماوردي وجهًا آخر: أنه يجوز له الرجوع فيها، [وفائدة ذلك][1]: طلب الأجرة، فإن امتنع من بذلها - أخذ بقلعها، وهو ما حكاه الإمام في كتاب الصلح، عن رواية القاضي، عن بعض الأصحاب؛ وحكاه الغزالي عن القاضي.

وحكي عن المذهب [جواز الرجوع][2] وأن فائدته التسلط على النقض؛ بشرط أن يغرم الأرش، وهو الذي جعله الإمام فيه ظاهر المذهب.

والذي رأيته في تعليق القاضي الحسين: أنه لا يملك القلع مجانًا، وهل يملكه مع ضمان أرش النقص؟ فيه وجهان.

[وإيراد البغوي يقتضي ترجيح الرجوع، وأنه يتخير بين النقض بالأرش، وبين طلب الأجرة][3].

وحكي في الزوائد: أن صاحب الفروع قال: إن الفتوى عليه.

وعلى ذلك جرى الرافعي، وصحح الرجوع، وجعل الأظهر التخيير بين القلع مع ضمان الأرش، وبين التبقية بأجرة.

وقد رأيت في تعليق البندنيجي في كتاب الصلح [ما يداني ذلك][4]؛ فإنه قال: إذا وضع الجذوع، لزمت العارية، ولم يكن [له الرجوع][5]؛ وهذا أصل كل عارية كانت [لما][6] يتأبد بقاؤه كالغراس والبناء، لزمت إذا صارت على صفة لا يمكن المعير [أن يرجع فيها][7] إلا بضرر المستعير.

ولا خلاف أن للمعير الرجوع في العارية قبل وضع الجذوع على الحائط، وكذا بعده، وقبل البناء عليه؛ كما صرح به الرافعي، والبغوي، وابن الصباغ، ودل عليه كلام [غيره من][8] العراقيين، ومنهم الشيخ في المهذب؛ فإنه قال: لو أعاره حائطًا؛ ليضع عليها أجذاعًا، فوضعها، لم يملك إجباره على قلعها [؛ لأنها تراد للبقاء؛ فلم يجبر على قلعها][9] كالغراس.

وحكي في الغراس: أنه إذا لم تنقص قيمته بالقلع، كان له القلع؛ فيجب أن

---

(١) في جـ: وفائدته.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: على ما يداني.
(٥) في أ، د: الرجوع فيها.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: الرجوع فيه.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.

يكون هاهنا مثله، والقلع قبل إحكام الجذوع بالبناء [لا نقص فيه](١).

وفي الذخائر: أن من أصحابنا من قال: ليس له الرجوع بعد وضع الجذوع، ولم يشترط وجود البناء، وهو الذي حكاه في المهذب، ولم يحك سواه. انتهى.

وغالب ظني: أن من أطلق الوضع، أراد به [الوضع](٢) المفيد، ولا يكون [مفيدًا](٣) ما لم يحكم بالبناء عليه.

ولو تأمل الشيخ مجلي ما نبهت عليه من كلام الشيخ لم يأبه؛ على أن ما قاله الشيخ مجلي إذا أجري على ظاهره، أمكن أن يوجه بأنه لو ألزم إزالة الجذوع عن الحائط المعار، استلزم إجباره على إزالة طرفها(٤) الآخر عن ملكه، وهو ممنوع.

واعلم: أن ما ذكرناه من تعليل المنع من التسليط على القلع مع غرامة النقص، ومن(٥) عدم التمليك - يقتضي أن الجذوع لو كان طرفاها على حائطين للمعير: أنه يجوز ذلك، وهو ما حكاه في رفع التمويه في جواز الرجوع.

وقد حكى الرافعي: أن الخلاف في جواز الرجوع و[في](٦) فائدته التي ذكرناها تجري في هذه الحالة أيضًا.

فائدة: قال في التهذيب: يجب أن يعين في الإعارة لوضع الجذوع الموضع الذي توضع عليه، وما يضعه عليه.

قلت: و(٧) ينبغي أن يعتبر مع ذلك ما ذكرناه عند إرادة المصالحة عليها بعوض، خصوصًا على مذهب العراقيين في أنها لازمة، ولا يتمكن من الرجوع فيها.

قال: فإن انهدم - أي: الحائط - أو هدمه - أي: [إما](٨) متعديًا(٩) عند سلامته، أو من غير تعد؛ كما استهدم، ثم أعيد بنقضه.

قال: أو سقطت الجذوع - أي: والحائط [باقيًا](١٠) - فقد قيل: يعيد مثلها؛

---

(١) في أ، د: لا ينتقص فيه، وجـ: لا تنقص.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: الطريق.
(٥) في أ: هو.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: وما.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: يعد.
(١٠) سقط في أ.

اعتمادًا على الإعارة السابقة، والإذن يقتضي[١] بقاءه على الدوام.

قال: وقيل: لا يعيد، وهو الأصح - أي: إلا بإذن جديد - لأن المأذون فيه الأول، وقد زال؛ فلم يملك غيره.

ورتب القاضي الحسين الخلاف فيما إذا هدم الجدار أو قلعت الجذوع على الخلاف فيما إذا انهدم بنفسه، أو سقطت الجذوع، وقال: الأولى [عدم][٢] الإعادة.

[وفي الجيلي: أن محل الخلاف في إعادة تلك الجذوع][٣] أما إذا أراد إعادة غيرها عند سقوطها، فليس له ذلك وجهًا واحدًا.

والذي حكيته من قبل عن القاضي أبي الطيب عند الكلام في مسألة الغراس [يرد عليه، ولا نزاع في أن الجدار إذا أعيد بغير النقض الأول، لا يملك المستعير الإعادة [عليه][٤]][٥]؛ كما صرح به ابن الصباغ، والبندنيجي، والإمام، وغيرهم.

وفي البحر: أنه قيل: لا فرق بين أن يعيده بتلك الآلة، أو غيرها في جريان الوجهين.

وقال في ابن يونس: إن الشيخ أبا حامد لم يذكر هذا التفصيل.

واعلم: أن ظاهر [كلام الشيخ][٦] يقتضي جواز الإعادة على القول الأول وإن منعه المالك منها.

وتعليل الماوردي يقتضيه فيما إذا أعيد الجدار؛ حيث قال في كتاب الصلح في توجيهه: لأنه صار مستحقًّا على التأبيد؛ كما لو كان الأول باقيًا.

وقال - هاهنا: - لأن العارية أوجبت دوام وضعها.

فعلى هذا لو امتنع صاحب الحائط من بنائه، كان لصاحب الأجذاع: أن يبنيه؛ ليصل إلى حقه من وضع أجذاعه فيه، وهو[٧] ما صرح به القاضي أبو الطيب في كتاب الصلح.

---

(١) في جـ: اقتضى.
(٢) سقط في أ، جـ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: كلامه.
(٧) في أ: هذا.

وقال الإمام: لا ينبغي أن يُعتقد خلافٌ[١] في أن صاحب الجدار لو منع[٢] من الإعادة؛ لعلة - يبقى للمستعير خيار، وإنما الخلاف في [أنه هل][٣] له ذلك من غير إذن؛ بناء على الإعارة الأولى؟

وعلى ذلك جرى المتولي، ووجهه بأن المنع من الرجوع في حال البقاء، كان لأجل الإضرار، وهو منتفٍ هاهنا.

فرع: لو رأينا أجذاعًا لشخص على حائط لآخر، ولم ندر هل هي موضوعة بحق، أو بغير حق - حمل على أنها موضوعة بحق لازم وجهًا واحدًا؛ صرح به الشيخ في المهذب، والمحاملي، والبندنيجي، وغيرهم في كتاب الصلح، وهنا[٤].

قال: وإن أعاره أرضًا؛ للدفن، لم يرجع فيها - أي: بعد الدفن - ما لم يبل الميت؛ لأن الدفن يراد للاستدامة شرعًا وعرفًا؛ فاقتضاه الإذن، وفي نبشه هتك لحرمته.

قال الإمام: ولأن النبش من غير ضرورة حرام.

ولو رضي أولياؤه بنقله منعوا منه؛ لأنه حق للميت.

قال الماوردي: ولأن فيه انتهاك حرمته بالنقل.

وليس لصاحب الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع في العارية؛ صرح به في التهذيب[٥]، وقال الماوردي: قولًا واحدًا؛ لأن العرف غير جار به، والميت زائل الملك، والأولياء لا يلزمهم.

أما لو وضع الميت في القبر، ولم يدفن، فكلام الرافعي يقتضي [منع][٦] الرجوع في هذه الحالة؛ فإنه قال: وله الرجوع قبل الحفر وبعده، ما لم يوضع فيه الميت.

ثم قال: وقال المتولي: له الرجوع.

ومؤنة الحفر في هذه الحالة على ولي الميت، ولا يلزم المعير الضمان.

---

(١) في جـ: خلافه.
(٢) في أ: امتنع.
(٣) في أ: أن.
(٤) في أ: وهاهنا.
(٥) في جـ: المهذب.
(٦) سقط في أ، جـ.

وكلام الإمام يقتضي ما ذكره[(١)] المتولي[(٢)]؛ فإنه قال: وللمعير الرجوع قبل إيعاب[(٣)] الدفن.

فرع: لو كان للمعير في تلك البقعة أشجار، فأراد سقيها، قال الإمام: نظر: إن كان السقي يخرق [موضع][(٤)] الدفن؛ بحيث يُندي من المدفون شيئًا منع، وإلا فلا.

قال: وفيما سواه - أي: سوى ما [ذكره مما يقتضي منع الرجوع][(٥)] - يرجع إذا[(٦)] شاء[(٧)]؛ إذ لا ضرر في ذلك.

---

(١) في جـ: قاله.

(٢) قوله: أما لو وضع الميت في القبر ولم يدفن، فكلام الرافعي يقتضي منع الرجوع في هذه الحالة؛ فإنه قال: وله الرجوع قبل الحفر وبعده ما لم يوضع فيه الميت.
ثم قال: وقال المتولي: له الرجوع، ومؤنة الحفر في هذه الحالة على ولي الميت، ولا يلزم المعير الضمان. وكلام الإمام يقتضي ما ذكره المتولي. انتهى.
فيه أمران:
أحدهما: أن ما ادعاه من أن كلام الرافعي يقتضي امتناع الرجوع بعد الوضع ليس كذلك؛ فإن الرافعي عبر بقوله: فله الرجوع قبل الحفر وبعده ما لم يوضع الميت، قال في «التتمة»: وكذا بعد الوضع ما لم يواره التراب. هذا لفظه، وحاصله: امتناع الرجوع في المسائل الثلاث، إلا أن الأُوليين لم ينقلهما عن أحد؛ لوضوحهما، وأما الثالثة فلما لم يجدها إلا لصاحب «التتمة» نقلها عنه، ولم يصرح بموافقته ولا مخالفته. نعم، خالفه في «الشرح الصغير» فصحح امتناع الرجوع.
الأمر الثاني: أن هذا النقل المذكور عن «التتمة» في وجوب الضمان على الولي غلط وقع من الرافعي، فتبعه عليه المصنف، والمذكور في «التتمة» هو الجزم بوجوبه على المعير، فإنه قال: فرعان: أحدهما: إذا رجع في العارية بعد الحفر قبل الدفن غرم لولي الميت مؤنة الحفر؛ لأنه بإذنه له في الحفر أوقعه في التزام ما قد التزم من المؤنة، وفوَّت عليه مقصوده لمراعاة مصلحة نفسه، فلو لم تلزمه الغرامة لأدى إلى الإضرار به. هذا لفظ المتولي بحروفه. [أ و].

(٣) في جـ، د: اتفاق.

(٤) سقط في د.

(٥) في أ: ذكرناه.

(٦) في التنبيه: متى.

(٧) قوله: وفيما سوى الإعارة للدفن يرجع فيه متى شاء. انتهى.
أهمل مسألة أخرى، وهي ما إذا كفن أجنبي ميتًا؛ فإن الكفن باق على ملك الأجنبي في أصح الوجهين، كما ذكره في «الروضة» من «زوائده» في كتاب السرقة. وإذا قلنا بالصحيح، فقال في «الوسيط» في باب الوصية: إنه يكون عارية. وقال في السرقة: إنه من العواري اللازمة. وذكر الرافعي معنى هذا - أيضًا - هناك.
ولو أراد الصلاة المفروضة، فأعاره ثوبًا ليستر به عورته، أو ليفرشه في مكان نجس، ففعل وأحرم، وكان الرجوع والأخذ يؤديان إلى بطلان الصلاة - فيتجه منه، ويحتمل الجواز، وتكون فائدته طلب الأجرة، ويستثنى من رجوع المستعير ما لو استعار الدار لسكنى المعتدة؛ فإنه يمتنع عليه الرجوع وإن جاز للمعير، كذا ذكره الأصحاب في كتاب العدد. [أ و].

قال: ومؤنة الرد على المستعير؛ لقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى [تُؤَدِّيَ»[(١)]، أخرجه][(٢)] أبو داود.

[ولأنه ضامن للعين][(٣)]؛ فكانت مؤنة الرد عليه؛ كالغاصب.

ولأن العارية بر ومعروف، فلو لم تجب مؤنة الرد على المستعير، لامتنع الناس من الإعارة.

قال: فإن تلفت العارية - أي: بغير الاستعمال - وجب[(٤)] **عليه قيمتها**؛ لقوله ﷺ [لأمية بن صفوان، وقد قال للنبي ﷺ][(٥)] لما استعار منه أدرعًا: أغصبًا يا محمد؟ [قال: لا][(٦)]، بل عارية مضمونة مؤداة[(٧)]، فوصفها بالضمان عند التلف، وبالرد عند البقاء؛ بيانًا لحكمها عند جهله به.

ولقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ»[(٨)]؛ فأوجب الأداء، وهو يقتضي عموم الحالين من قيمة وعين.

ولأنها عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق؛ فوجب أن تكون من ضمانه[(٩)]؛ كالقرض.

ولأنها مضمونة الرد؛ فكانت مضمونة العين؛ كالغصب.

وقد روى الشيخ أبو علي عن الشافعي قولًا في الأمالي: أنها غير مضمونة إلا إذا تعدى فيها.

قال الماوردي: وهو وهم من الربيع؛ فإن قول الشافعي[(١٠)] في الإجارات: العارية غير مضمونة إلا بالتعدي - محمول على أحد ثلاثة أوجه:

إما على سقوط ضمان [الأجرة، أو على سقوط ضمان][(١١)] الأجراء.

أو حكاية [عن][(١٢)] مذهب الغير.

قال: يوم التلف؛ لأن الأصل فيما [يجب رده رد العين][(١٣)]، والتحويل إلى

---

(١) تقدم.
(٢) في أ: ترد خرجه.
(٣) سقط في أ، وفي جـ: للعائن.
(٤) في التنبيه: وجبت.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في أ.
(٧) تقدم.
(٨) تقدم.
(٩) في أ: مضمونًا.
(١٠) في د: الشيخ.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: تحت يده رد العين.

القيمة سببه فوات رد العين، وهذا إنما يتحقق بالتلف؛ فعلى هذا لو حصلت [في العين][(١)] المستعارة زيادة: كالسمن، وغيره، ثم زالت في يد المستعير، لا يضمنها؛ كذا دل عليه كلام القاضي أبي الطيب في كتاب الغصب؛ حيث حكى عن [ابن][(٢)] أبي هريرة: أن الجارية المبيعة بيعًا فاسدًا، إذا قبضها المشتري، وزادت[(٣)] في يده، ثم ردها، أو[(٤)] تلفت: أنه لا يجب عليه ضمان الزيادة التي حصلت في يده [عند رد العين][(٥)]؛ وإن تلفت في يده، لم يلزمه قيمتها إلا وقت[(٦)] التلف؛ كالعارية.

قال: وقيل: يجب[(٧)] **قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف**؛ لأنها لو تلفت في حال زيادة القيمة - لضمنها؛ فأشبه المغصوب.

فعلى هذا: لو كانت العارية من ذوات الأمثال - وجب فيها المثل.

وعلى الأول: [لا][(٨)]؛ صرح به في المهذب، والحاوي.

وقال في التتمة: إن [صورة][(٩)] محل الخلاف في الأصل إذا كان ما نقص من القيمة بسبب تغير السوق أما إذا كان بسبب الاستعمال، [ولم تذهب العين][(١٠)]، ثم تلفت - فلا يضمن القدر الزائد؛ وهذا مادة ما سنذكره عن الإمام من بعد، ومقتضى ذلك الجزم برد القيمة في ذوات الأمثال - أيضًا - كما اقتضاه إطلاق الشيخ هنا، لكن كلامه في المهذب، وكلام الماوردي، وغيرهما يقتضي خلافه؛ فإنهم قالوا على القول الثاني: تصير الأجزاء تابعة للعين، فإن ضمن العين بالقيمة، ضمنها، وإن لم يضمن العين، لم يضمنها.

وحكي [قول][(١١)] آخر: أنه يجب قيمتها يوم القبض تشبيهًا لها بالقرض، وهو مشهور من[(١٢)] طريق المراوزة، ورأيته في نسخة من تعليق القاضي أبي الطيب.

وادعى في التتمة أن محله فيما إذا كانت قيمته أكثر من قيمته يوم التلف، أما

---

(١) في ج: بالعين.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) في أ: فزادت.
(٤) في أ: و.
(٥) سقط في د.
(٦) في ج: يوم.
(٧) في التنبيه: تجب.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في ج: في.

إذا كانت قيمته يوم التلف [أكثر][١]، فقد ادعى أنه لا يختلف المذهب: أنه يضمنها.

وكلام الجمهور - كما ذكرته[٢] في باب: ما يجوز بيعه - يدل على خلافه.

والمذهب في الطريقين الأول؛ فإنه لو ضمن أكثر القيم، أو قيمة يوم القبض - أدى إلى أن يضمن ما أذن له في إتلافه، وهي الأجزاء[٣] المنسحقة بالاستعمال، وهو لا يضمنها إذا انسحقت به، دون ما [إذا تلفت بغيره][٤] على الأصح.

وعلى تقدير: أن يضمنها عند رد العين وانسحاق بعض الأجزاء بالاستعمال؛ كما هو وجه محكي في طريق المراوزة، ونسبه الطبري إلى أبي العباس - قال الإمام -: يلزم منه أن يقع في عماية[٥] أخرى؛ فإن ما يفوت لا تعتبر قيمته بعد فواته.

قال الرافعي: ومعنى هذا: أن من قال بتضمينه أقصى القيم؛ [فعلى تقدير أن تكون القيمة][٦] يوم التلف أكبر، فقد ضمنه الآن قيمة ما تلف قبل ذلك، وذلك ممتنع.

قال الإمام في باب الشروط التي تفسد البيع: والوجه التفريع على الصحيح في أن التالف[٧] بالبلى غير مضمون، فنقول: إذا انسحق الثوب بعض الانسحاق، ثم تلف في يده، ففي قول: يجب قيمة ثوب منسحق [بأنقص[٨] ما يقدر من يوم القبض إلى يوم التلف

وفي قول: تجب قيمته يوم التلف

وفي قول: يجب قيمة ثوب منسحق][٩] يوم القبض.

أما إذا تلفت العارية بالاستعمال؛ بأن انسحق الثوب باللبس، ففي الضمان وجهان: أصحهما: أنه[١٠] لا يجب؛ كالأجزاء.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: ذكره.
(٣) في أ: الأجرة.
(٤) في أ: انسحقت بغيره.
(٥) في أ: عمله.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: الفائت.
(٨) في أ، د: ناقص.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في جـ: أنها.

والثاني: يجب؛ لأن حق العارية أن ترد[(١)]، فإذا تعذر الرد، لزم[(٢)] الضمان؛ وعلى هذا، [فما الذي][(٣)] يضمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: [- و هو المذكور في النهاية-: أنه يضمن العين بجميع أجزائها.

وأصحهما][(٤)] - وهو المذكور في التهذيب-: أنه يضمن في آخرحالات التقويم.

فعلى هذا: إذا انتهى الثوب إلى تلك الحالة - ليس له استعماله[(٥)]؛ قاله[(٦)] المتولي، والبغوي.

وتلف الدابة [المستعارة][(٧)] بسبب الركوب، والحمل المعتاد - كانمحاق الثوب بالاستعمال، وتعيبها به كانسحاق[(٨)] بعض الأجزاء؛ صرح به الرافعي.

وكذا انكسار السيف المستعار للقتال في القتال؛ صرح به في البحر.

وفيما جمع من فتاوي القفال أنه لو جرح ظهرها بالحمل، وتلفت منه في يده، أو في يد المالك - ضمن وإن لم يكن متعديًا بما حمل؛ لأنه إنما أذن في الحمل، لا في الجراحة.

قال الرافعي: وهو في غير حالة التعدى جواب[(٩)] على وجوب الضمان في صورة الانسحاق[(١٠)].

فرع: لو اشترط[(١١)] في العارية: أن يرد عند تلفها أكثر من قيمتها؛ بأن كانت قيمتها خمسة، فشرط أن يرد عشرة - فوجهان خرجهما القاضي:

أحدهما: هي عارية فاسدة؛ فتكون مضمونة عليه، وهل يستحق فيها[(١٢)] أجرة المنفعة؟ فيه وجهان في الحاوي، والبحر، وهما جاريان في كل عارية فاسدة.

والثاني: إجارة فاسدة بلا[(١٣)] ضمان.

تنبيه: محل ما ذكرناه فيما إذا وجدت العارية من المالك لحاجة المستعير، أما

---

(١) في أ: الرد.
(٢) في أ: لزمه.
(٣) في أ: فالذي.
(٤) سقط في ج، د.
(٥) في أ: الاستعمال.
(٦) في أ، ج: قال.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ج، د: كانمحاق.
(٩) في أ: جائز.
(١٠) في ج: الانمحاق.
(١١) في أ: شرط عليه.
(١٢) في د: منها.
(١٣) في أ، د: فلا.

إذا وجدت لحاجة المالك؛ كما إذا أرسله في حاجته[(١)]، وأعاره دابته[(٢)]؛ ليركبها في شغله، فتلفت في يده - لا ضمان على المستعير.

وكذا لو لقيه في الطريق، ومعه دواب، فأركبه [دابة][(٣)]؛ ليحفظها [له][(٤)]، فتلفت - لم يضمنها.

ولو وجدت العارية من غير المالك، نظر:

فإن كان مستعيرًا، فسيأتي حكمه.

وإن كان مستأجرًا، أو موصى له بالمنفعة، فهل تكون مضمونة على المستعير؛ كما لو استعار من المالك، أو لا؛ لأن يده نائبة عمن يده ليست مضمنة؟ فيه وجهان:

[وأصحهما][(٥)]: الثاني.

ونسب القاضي الحسين القائل بمقابله إلى الغلط.

وعلى المستعير مؤنة الرد؛ إن رد على المستأجر، وإن رد على المالك؛ فهي[(٦)] عليه؛ كما لو رد على المستأجر.

و[إن استعار][(٧)] من الغاصب، وتلف في يده، غرم المالك من شاء منهما أقصى القيم من يوم [وضع يده][(٨)] إلى يوم التلف، ولا يرجع المستعير على المعير بما غرم من قيمة العين، إن قلنا: تضمن العارية ضمان المغصوب، وإن قلنا: إنها تضمن بقيمتها يوم التلف، فكذلك الحكم؛ إن كان ما غرمه قيمة يوم التلف، وإن كان أكثر من قيمة يوم التلف، فهل يرجع عليه بما زاد عن قيمة يوم التلف؟ فيه قولان، وهما جاريان في الرجوع بما غرمه من الأجرة:

والجديد: لا رجوع.

وهذا إذا كان قد استوفى المنافع، أما إذا لم يستوفها - رجع بها؛ هكذا حكاه القاضي الحسين في [كتاب][(٩)] الغصب.

---

(١) في د: حاجة.
(٢) في جـ، د: دابة.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، جـ: فهو.
(٧) في أ: لو استأجر.
(٨) في أ: قبضه.
(٩) سقط في أ.

والمستعير من المستأجر من الغاصب إن ضمناه فكالمستأجر[(١)] من الغاصب، وإن لم نضمنه، رجع بالقيمة التي غرمها على المستأجر، ورجع المستأجر على الغاصب.

قال: وإن تلف ولدها، [ضمن؛ لأنها مضمونة، فضمن[(٢)] ولدها][(٣)]؛ كالمغصوبة.

قال البندنيجي: وليس بشيء.

قال: وقيل: لا يضمن؛ لأن معنى الضمان في الأم معدوم في الولد؛ بخلاف الغصب؛ لأن ولد العارية لا يكون معارًا[(٤)]؛ فإنه لا يجوز له استعماله بلا خلاف، وولد المغصوب يكون مغصوبًا؛ وهذا ما جعله البندنيجي في كتاب الغصب المذهب و[(٥)]اختاره في المرشد.

و[(٦)]لا فرق في ذلك بين الولد الموجود حال العقد، أو الحادث بعده.

وفي الجيلي: تخصيص محل الخلاف بما إذا حدث، وجزم فيما إذا كان موجودًا حال العقد، فتسلم الأم، وتبعها الجحش: أنه لا ضمان[(٧)].

وقد بنى[(٨)] القاضي الحسين وغيره هذا الخلاف على أن العارية تضمن ضمان

---

(١) في جـ، د: وكالمستأجر.

(٢) في جـ: فتلف.

(٣) سقط في أ.

(٤) زاد في أ: فإن فيه.

(٥) زاد في جـ: هذا ما.

(٦) زاد في أ: قال.

(٧) قوله: وإن أتلف ولد العارية؛ ففي ضمانه وجهان بناهما القاضي الحسين وغيره على أن العارية تُضمن ضمان الغصوب أم لا؟
فعلى الأول: يضمن الولد.
وعلى الثاني يكون حكمه كحكم ما لو هبت الريح بثوب إلى داره.
ثم قال: ولا فرق في ذلك بين الولد الموجود حال العقد أو الحادث بعده.
وفي «الجيلي» تخصيص محل الخلاف بما إذا حدث، وجزم فيما إذا كان موجودًا حال العقد فتسلم الأم وتبعها الجحش: أنه لا ضمان. انتهى كلامه.
وهذا الذي نقله عن «الجيلي» خاصة قد صرح به القاضي الحسين والبغوي في «فتاويهما»، ولم يذكر في «الروضة» من «زوائده» غيره، والتعميم الذي ذكره عجيب غير مستقيم؛ فإن القول بالضمان في الولد الحادث إنما محله إذا قلنا بضمان العارية ضمان الغُصوب، كما صرح به الآن نقلًا عن الأئمة، والغاصب للأم إذا تبعها ولدها لا يكون ضامنًا لولدها في أصح الوجهين، كما اقتضاه كلام الرافعي، وصرح به في «الروضة» .[أ و].

(٨) في جـ: نهى.

الغصوب[(١)] أم لا؟

فعلى الأول: يضمن الولد.

وعلى الثاني: يكون حكمه حكم ما لو هبت الريح بثوب إلى داره.

قال: ومن استعار شيئًا، لم يجز أن يعيره - أي: من غير إذن - لأنه مخصوص بإباحة المنفعة؛ فلم يجز له أن يبيحها؛ كما في إباحة الطعام.

قال: وقيل: يجوز، كما يجوز للمستأجر أن يؤاجر [قال:][(٢)] وليس بشيء؛ لأن المستأجر ملك[(٣)] المنفعة فملك[(٤)] نقلها؛ كالأعيان؛ بخلاف المستعير؛ فإنه لا يملك المنفعة إلا بالاستيفاء؛ كذا[(٥)] قاله ابن الصباغ في أثناء كلامه؛ [وإذ ذاك][(٦)] لا يملك النقل، ويجوز له أن يستوفي المنفعة بوكيله.

ولو استعار دابة؛ ليُركبها[(٧)] زوجته زينب، [فلا يجوز][(٨)] أن يركبها[(٩)] زوجته عمرة وإن كانت مثلها؛ على أحد الوجهين في العدة.

أما الإعارة بالإذن، فجائزة، لكن إن لم يسم المستعير الثاني، كان الأول على إعارته، والثاني مستعير منه؛ فله الرجوع فيها متى شاء، فإذا ردها عليه - برئ.

وإن سماه للمعير[(١٠)] خرج الأول منهما، وبرئ من ضمانها، وليس له الرجوع فيها، وإذا ردها الثاني عليه، لم يبرأ - قاله الماوردي.

ولا نزاع في مشهور الكتب: أن المستعير[(١١)] لا يملك الإجارة.

وحكى الزبيلي في أدب القضاء له عن الشافعي: أن من استعار دارًا، كان له أن يؤجرها؛ كما لو كانت مستأجرة، وأن أبا الحسين[(١٢)] قال: إنه الأولى.

ثم قال: فإن قيل المؤجرة[(١٣)] لا يملك صاحبها استرجاعها؛ بخلاف المستعارة.

قلنا: [المؤجرة][(١٤)] يحتمل أن تغصب، وأن تنهدم في أثناء المدة؛ فتسقط

---

(١) في جـ: المغصوب.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: تلك.
(٤) في جـ: يملك.
(٥) في أ: وهذا ما.
(٦) في د: وإذا قال.
(٧) زاد في جـ: و.
(٨) في أ: لم يجز.
(٩) زاد في جـ: و.
(١٠) في أ: للمستعير.
(١١) في أ، جـ: المعير.
(١٢) في أ، جـ: الحسن.
(١٣) في أ، جـ: المستأجرة.
(١٤) سقط في أ.

منفعتها، أو يحال بينه وبينها، ثم[(١)] لم يجعل ذلك علة في منع إجارتها؛ [فكذلك هذا][(٢)]، فإذا استرجعها صاحبها، أخذ المستعير من المستأجر بقدر ما ثبتت العارية في يده؛ كالمؤجر إذا تلف.

قال: وإن[(٣)] **أعاره، فهلك عند الثاني، فضمن، لم يرجع به على الأول**؛ لدخوله على الضمان، وقد وجد التلف تحت[(٤)] يده.

ولا فرق بين أن نقول: يضمن المستعير أقصى القيم، أو قيمة يوم التلف، أو يوم القبض؛ إذا كان المستعير عالمًا بأن المعير مستعير؛ لأنهما عاصيان.

وإن لم يعلم: أنه مستعير، فحكمه معه كما لو استعار من الغاصب، وقد تقدم.

قال: وإن دفع إليه دابة، فركبها، ثم اختلفا، فقال صاحب الدابة: أجرتكها[(٥)]؛ **فعليك الأجرة، وقال الراكب: بل أعرتني** - [أي:][(٦)] والعين قائمة - فالقول قول الراكب في أصح القولين؛ لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب؛ لأن صاحب الدابة يزعم أنه ملكها بالإجارة، والراكب يزعم أنه ملكها بالاستيفاء[(٧)]؛ لأن المستعير يملك بذلك، والمالك يدعي عليه ثبوت عوض في ذمته، والأصل عدمه؛ وهذا ما نص عليه الشافعي في العارية.

والقول الثاني: أن القول قول المالك، وبعضهم يرويه منصوصًا.

والجمهور على أنه مخرج مما نص عليه [الشافعي][(٨)] في كتاب المزارعة، فيما إذا اختلف رب الأرض وزارعها بعد الزراعة، على مثل هذا النحو - أن القول قول المالك؛ كما خرج من هنا إلى هناك قول: أن القول قول المستعير؛ وهذا القول اختيار المزني، والربيع، وهو الذي صححه الرافعي.

ووجهه: أن المنافع مملوكة تصح المعاوضة عليها؛ كالأعيان وقد[(٩)] ثبت أنه لو اختلفا في العين بعد استهلاكها، فقال المالك: بعتكها، وقال المستهلك[(١٠)]: بل

---

(١) في أ: و.
(٢) في أ: وكذا هاهنا.
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) في جـ: في.
(٥) في التنبيه: آجرتكها.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في أ: بالاستعارة.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، د: ثم.
(١٠) زاد في أ: أيضًا.

وهبتنيها - أن القول قول المالك، دون المتلف، وله البدل، وهذا[١] ما استدل به العراقيون.

وقد يخالف القائل الأول في مسألة الهبة؛ كما نبهت عليه في باب[٢] التحالف.

وقد اختار هذه الطريقة أبو إسحاق، وأبو علي وابن أبي هريرة، والربيع، والمزني، وابن سريج؛ كما حكاه الرافعي، والجمهور.

وجعل في الوسيط مأخذ القولين تقابل الأصلين؛ إذ يمكن أن يقال: الأصل وجوب الضمان في المنفعة، وعدم ما يسقطها، و[٣] الأصل عند جريان الإذن [عدم الضمان][٤].

وذهب ابن سريج - كما حكاه الماوردي - إلى تقرير النصين؛ اعتبارًا بالعرف فيهما[٥]؛ لأن العادة[٦] جارية بإعارة الدواب فكانت شاهدة للمستعير، وجارية باستئجار[٧] الأراضي؛ فكانت شاهدة للمالك.

وقد روي [في الرقم][٨] أن هذا أظهر عند القفال.

ومن قال [بالأول، قال:][٩] لا اعتبار بالعادة في ترجيح المدعي؛ دليله: اختلاف الزوجين في متاع البيت؛ فإنه يقسم ما يليق بالنساء وما يليق بالرجال بينهما.

التفريع:

إن قلنا بالثاني، قال الغزالي: حلف المالك على نفي الإعارة، ولا يتعرض لإثبات الإجارة، والمسمى؛ فإنه مدع فيهما[١٠]، فإذا حلف، أخذ أقل الأمرين من المسمى، أو أجرة المثل.

وقال القاضي والعراقيون: إنه يتعرض للإجارة، فيحلف ما أعاره، ولقد أجره بكذا، وإذا حلف، فهل يستحق المسمى، أو أجرة المثل؟ فيه وجهان:

---

(١) في د: وهو.
(٢) في أ: كتاب.
(٣) في ج: أو، ود: إذ.
(٤) في ج: ما يسقطها.
(٥) في أ: منهما.
(٦) في ج، د: العادية.
(٧) في د: بإجارة.
(٨) في أ: عن الرقم العبادي.
(٩) سقط في ج، د.
(١٠) في د: فيها.

أصحهما - وهو المنصوص في الأم كما حكاه المحاملي -: الثاني وحكى الإمام [بدله][(١)]: أنه يستحق أقل الأمرين، ويكون الحلف على إثبات الإجارة؛ لينتظم كلامه، وبهذا يحصل ثلاثة أوجه.

فإن نكل عن اليمين، قال العراقيون، والقاضي الحسين في تعليقه: لا ترد على الراكب؛ لأنه لا يستفيد بها شيئًا.

وفي الوسيط حكاية عن القاضي: أنه يحلف، وفائدته: رفع[(٢)] الغرم، وهو أقرب[(٣)] من القضاء بالنكول.

وإن قلنا بالأول فحلف الراكب - برئ، وإن نكل، حلف المالك، واستحق المسمى.

قال الماوردي والشيخ: وجهًا واحدًا.

وقال المحاملي والقاضي الحسين: فيه الوجهان السابقان، لكن الأظهر منهما في تعليق القاضي [الحسين][(٤)] - هنا-: استحقاق المسمى.

ولا خلاف في أن هذا التنازع لو وقع قبل مضي المدة بتقوم منفعتها: أن القول قول الراكب في نفي ما يدعى[(٥)] عليه من الإجارة المستقبلة.

ولو وقع هذا الاختلاف والدابة هالكة، فإن قلنا بالثاني، استحق الأجرة دون القيمة؛ لأنه لا يدعيها، لكن [هل][(٦)] يحتاج إلى اليمين؟ ينظر:

إن كانت القيمة والأجرة سواء، أو كانت القيمة أكثر - فوجهان؛ بناء على اختلاف الجهة[(٧)]، وإن كانت الأجرة أكثر، فلا يستحق القدر الزائد، إلا بيمين وفي القدر المساوي[(٨)] الوجهان.

وإن قلنا بالأول، فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة، أو[(٩)] القيمة، أو لا يلزمه شيء؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لاتفاقهما على استحقاقه؛ فعلى هذا لا يحتاج إلى اليمين.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، د: دفع.
(٣) في أ: أقرر.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: يدعيه.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ج: الجملة.
(٨) في أ: الزائد.
(٩) في ج: و.

والثاني: لا؛ لأنه لا يدعي القيمة، ولا يستحق الأجرة.

قال: **وإن قال صاحب الدابة: أعرتكها، وقال الراكب: بل أجرتني**[(١)]، **فالقول قول صاحب الدابة**، أي: إذا كانت الدابة قد تلفت في يد الراكب، [أو هي][(٢)] باقية، ولم تمض المدة التي ادعى الراكب وقوع عقد الإجارة [عليها؛ لأن الأصل عدم ما ادعاه الراكب من عقد الإجارة][(٣)]، وضمان مال الغير إذا تلف في يده، ما لم يثبت أن اليد [يد][(٤)] أمانة، [ولم يثبت][(٥)].

لكن حال قيام [الدابة][(٦)] يحتاج إلى [اليمين على][(٧)] نفي الإجارة، وفي حال تلفها، ينظر:

إن كان ما اعترف به الراكب من الأجرة أو أقل [من قيمتها، أو لم يكن قد مضت مدة لمثلها أجرة، فلابد من اليمين؛ لأجل استحقاق القيمة.

[وإن كانت القيمة قدر ما اعترف به الراكب من الأجرة، أو[(٨)] أقل][(٩)] فهل يستحق المالك قدر القيمة بيمين، أو بغير يمين؟ [فيه وجهان][(١٠)].

ولا نزاع في أنه لا يستحق القدر الزائد على القيمة إلا أن يكذب نفسه.

أما لو كانت الدابة باقية، وقد انقضت المدة، فلا يظهر لهذا الاختلاف فائدة.

قال: **وإن قال صاحب الدابة: غصبتني، وقال الراكب: بل أعرتني، فالقول قول الراكب**؛ لأن المنافع قد تلفت، وليست[(١١)] ملكًا قائمًا، والمالك يدعي عليه عوضًا، والأصل براءة ذمته.

[و][(١٢)] لأن الظاهر من اليد أنها بحق، ومدعي الغصب يدعي خلاف الظاهر؛ فكان القول قول صاحب اليد؛ وهذا ما نقله المزني.

وقال الشيخ أبو حامد: إنه منصوص الشافعي في الأم، ووجهه بما[(١٣)] ذكرناه.

وقيل: في المسألة طريقان؛ كما في المسألة الأولى؛ لأن المالك يدعي الأجرة

---

(١) في التنبيه: آجرتني.
(٢) في أ: فهي.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في ج.
(١١) في أ: للسبب.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: ما.

هاهنا، كما يدعي المسمى هناك، والراكب ينكرها، والأصل براءة الذمة؛ وهذا من تخريج ابن سريج، وجعله الرافعي الأظهر.

وقيل: ما نقله المزني غلط، والقول قول المالك قولًا واحدًا؛ لأن المالك لم يساعد(١) على أن المنافع تلفت في يد المتصرف؛ بخلاف المسألة الأولى، وهذا ما صححه ابن الصباغ [وكذا القاضي أبو الطيب في آخر باب الإجارة، وحكى أن الربيع قال: ما نقله المزني مدفوع(٢) عنه](٣) وادعى الغزالي أن [عليه](٤) أكثر الأصحاب، وأنه الأولى.

[ولا](٥) نزاع [في](٦) أن القيمة تجب في هذه الصورة عند التلف من غير يمين؛ إذا قلنا: إن المستعير يضمن ضمان الغصوب، أو قيمة يوم التلف [إن كانت أكثر أو مساوية للقيمة يوم القبض، أما إذا كانت قيمته يوم التلف](٧) أقل، وقلنا: لا يضمن المستعير سواها - فله أخذها بغير يمين، وهل يستحق القدر الزائد؟ إن جعلنا القول قول المالك، استحقه(٨) [مع اليمين](٩)، وإلا [فلا، وكذا](١٠) تظهر ثمرة الخلاف في الأجرة أيضًا.

ولو قال المالك: غصبتها، وقال الراكب: [بل](١١) أجرتني - فالقول قول المالك؛ لأن الأصل عدم الإجارة، لكن إن كانت الدابة تالفة، فلا بد من اليمين؛ لاستحقاق القيمة، وإن كانت باقية، فكذلك إن لم تكن المدة قد انقضت، [وإن كانت قد انقضت](١٢)، فهل يستحق أجرة المثل بيمين، أو بغير يمين؟ ينظر:

إن كانت قدر المسمى، أو أقل، استحقها من غير يمين.

وإن كانت أكثر، فلا بد في استحقاق القدر الزائد من اليمين(١٣)؛ وهذا هو الصحيح.

---

(١) في أ: يساعده.
(٢) في د: رجوع.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: على هذا الطريق، ود: على الطريق.
(٥) في أ: فلا.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في د.
(٨) في ج: استحق.
(٩) سقط في أ، د.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: الثمن.

وفي الرافعي: أنه خُرِّجَ قول مما[(١)] [مر][(٢)] في المسألة الأولى: أن المصدق الراكب عند هلاك الدابة قبل مضى مدة لمثلها أجرة.

ولو قال المالك[(٣)]: غصبتني، وقال صاحب اليد: بل أودعتني، قال الرافعي: حلف المالك؛ على الأصح، وأخذ القيمة إن تلف المال، وأجرة المثل إن مضت مدة[(٤)] لمثلها أجرة.

وفي بحر المذهب في كتاب الوكالة: أن أبا حنيفة قال: لو قال [رجل: أخذت من فلان كذا وديعة، وقال][(٥)] المالك: بل غصبًا - فالقول قول المقر له [ولو قال: دفعه فلان إلي وديعة، وقال [المالك][(٦)]: بل غصبًا، فالقول قول المقر،][(٧)] فمن أصحابنا من قال: لا نقول بهذا التفصيل، والقول قول المقر في الموضعين.

وقال القفال: عندي المذهب كما قال أبو حنيفة؛ لأنه إذا قال [أخذت][(٨)]، فقد أقر بأخذه، وهو فعل من جهته، وادعى على المقر الإذن في[(٩)] الأخذ، والأصل عدمه.

وما قاله بعض الأصحاب هو ما حكاه القاضي الحسين في تعليقه في باب الوكالة.

[والذي أورده صاحب[(١٠)] الإشراف [منقولًا][(١١)]: أن القول قول المقر؛ لأن المالك ادعى الضمان عليه، وهو أنكره، والأصل فراغ ذمته عن الضمان، وخرج من عند نفسه وجهًا: أن القول قول المالك؛ بناء على تقابل الأصلين، وفرق بين ما نحن فيه؛ حيث جعل القول قول المقر، وبين ما إذا ادعى المالك الإعارة، والمقر الإجارة؛ حيث جعل القول قول المالك: بأن[(١٢)] المقصود من الإجارة ملك العوض المسمى فيها، وحكم الأمانة تابع، فإذا سقط المتبوع من جهة أن الأصل عدم العوض، سقط التابع في ضمنه؛ بخلاف عقد الوديعة؛ فإن

(١) في أ، جـ: فيما.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: صاحب الدابة.
(٤) في جـ: أجرة.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في جـ.
(٩) في أ: من.
(١٠) في جـ، د: في.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: فإن.

[الحكم][(١)] المقصود فيه هو الأمانة، والأصل عدم الخيانة][(٢)] [وسيكون لنا عَوْدَةٌ إلى هذا الفرع في باب الإقرار - إن شاء الله تعالى - لأن الأصحاب ذكروه ثَمَّ، فليطلب منه][(٣)].

قال: وإن اختلف المعير والمستعير في رد العارية، فالقول قول المعير؛ لأن الأصل عدم الرد، مع أن المستعير قبض العين [لمحض حق][(٤)] نفسه.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به.

أحدها: إذا قال: أعرتك هذه الدابة، بشرط أن تعلفها، أو[(٥)] الدار بشرط أن تطين سطحها - فهي إجارة فاسدة، لا تضمن العين فيها.

وكذا لو قال: أعرتك داري[(٦)] بعشرة دراهم لتعيرني[(٧)] ثوبك شهرًا.

وفيه وجه: أنها عارية فاسدة؛ نظرًا إلى اللفظ.

الثاني: إذا أركب[(٨)] أمن عياه المشي في الطريق؛ تقربًا لله تعالى، فهي عارية.

وأبدى الإمام فيه احتمالًا، جعله الغزالي وجهًا [أظهر:][(٩)] أنه لا يضمن؛ كما لو أركبه لحاجته، وهو قريب مما حكاه المتولي في الغصب، فيما إذا أوصى للغاصب[(١٠)] بمنفعة المغصوب، ومات[(١١)]، وقيل: إنه يبرأ [على وجه][(١٢)] من ضمان الغصب؛ كما لو أجره المغصوب؛ موجهًا ذلك بأن المقصود من الوصية الثواب، وقد تعجل له، واستحق الموصى له المنافع؛ كما في الإجارة[(١٣)].

وعلى الأول إذا أركبه خلفه، فعلى الرديف نصف الضمان.

ورأي الإمام: أنه لا يلزمه شيء تشبيهًا بالضيف[(١٤)].

وعلى الأول: لو وضع متاعه على دابة غيره، وأمره أن يسير الدابة، ففعل، كان صاحب [المتاع مستعيرًا][(١٥)] [للدابة][(١٦)] [بقسط متاعه مما عليها][(١٧)].

---

(١) سقط في جـ، د.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ، د.
(٤) في أ: بحق، وجـ: بمحض حق.
(٥) في أ: و.
(٦) في جـ: نوى.
(٧) في أ، جـ: لتغيري.
(٨) في أ، جـ: ركب.
(٩) في أ: آخر، وسقط في د.
(١٠) في أ، جـ: الغاصب.
(١١) في أ: مقامه.
(١٢) سقط في أ، جـ.
(١٣) في أ: الإعارة.
(١٤) في جـ: بالصنف، ود: بالضعف.
(١٥) في أ: الدابة معيرًا.
(١٦) في د: من الدابة.
(١٧) في أ: ما عليه.

ولو لم يكن[(١)] صاحب المتاع سيرها[(٢)]، ولكن سيرها المالك، لم يكن صاحب المتاع مستعيرًا، ودخل المتاع في ضمان صاحب[(٣)] الدابة.

الفرع الثالث: إذا استعار دابة؛ ليركبها إلى موضع، فجاوزه، فهو متعد من وقت المجاوزة، وعليه أجرة المثل ذهابًا ورجوعًا إلى ذلك الموضع، وفي لزوم الأجرة من ذلك الموضع إلى البلد الذي استعاره [فيه][(٤)] وجهان:

وجه المنع: أنه مأذون فيه من جهة المالك.

ووجه اللزوم: أن ذلك الإذن قد انقطع بالمجاوزة.

وعلى هذا فليس له الركوب من هذا الموضع، بل يسلمه إلى حاكم الموضع الذي استعار[(٥)] إليه.

الفرع الرابع: إذا اشترى من إنسان شيئًا، وتسلمه في ظرف، فتلف الظرف في يد المشتري، فهل يكون مضمونًا عليه ضمان العارية؟ فيه وجهان:

أصحهما في الرافعي في كتاب الإجارة: الضمان.

ويقرب منه ما حكي عن الشيخ أبي عاصم: أن المهدى إليه إذا انتفع بظرف الهدية المبعوثة إليه حيث جرت العادة باستعماله: كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها - كان عارية؛ لأنه منتفع بملك الغير بإذنه.

ويقرب من ذلك - أيضًا - ما حكاه القاضي الحسين فيما إذا أخذ من سقاء كوزًا، فسقط من يد الآخذ، وتلف، وكان عادته أن يشرب منه في كل جمعة بكسره فإنه لا يضمنه على المذهب؛ لكونه أمانة [في يده][(٦)].

وفيه وجه أنه عارية.

الفرع الخامس: إذا استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير فيها، وهو جاهل بالرجوع - لم تلزمه[(٧)] الأجرة؛ كذا ذكره الرافعي عن القفال.

قلت: ويتجه أن يتخرج[(٨)] على ما إذا رجع[(٩)] المبيح للثمار فيها، ولم يعلم

---

(١) في جـ: يفعل، ود: يقل.
(٢) في أ: سير.
(٣) في د: مالك.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: استعاد.
(٦) سقط في أ، د.
(٧) في جـ: تلزم.
(٨) في أ: يخرج.
(٩) في جـ، د: رجح.

المباح له، وفيها ثلاث طرق:

إحداها: مثل ما ذكره القفال هنا، وهي ما جزم بها الغزالي في كتاب القسم.

والثانية: أن في تغريم المتناول ما يتناوله بعد ما رجع - قولان؛ كما في مسألة عزل الوكيل، وهي طريقة الشيخ أبي محمد.

والثالثة: عن أبي بكر الصيدلاني: الجزم بالغرامة؛ لأن الغرامات لا فرق فيها بين العلم والجهل، وإلى هذه مال الإمام؛ كذا حكاه الرافعي في كتاب القسم.

الفرع السادس: إذا مات المستعير، وجب على الورثة[1] الرد، وإن لم يطلب المعير؛ لأن الرد واجب؛ بخلاف الوديعة، والله أعلم.

* * *

(١) في د: ورثته.

باب الغصب

الغصب: مصدر غصبته، أغصبه - بكسر الصاد - غصبًا، واغتصبته، و[غصبته][1] على الشيء، وغصبت منه، والشيء مغصوب، وغصب [وهو في اللغة][2]: أخذ الشيء ظلمًا، مجاهرة، لا سرًّا، فإن أخذه من حرز سرًّا، سمي: سرقة، وإن أخذه [مكابرة][3] في صحراء، سمي: محاربة[4]، وإن أخذه استلابًا[5] سمي: اختلاسًا، وإن أخذه من شيء كان مؤتمنًا عليه، سمي: خيانة؛ كذا قاله في البحر.

واختلفت عبارات الأئمة في ضبطه شرعًا:

فقيل: الاستيلاء على مال الغير على[6] جهة التعدي.

وقيل: الاستيلاء على مال الغير بغير حق.

واختار الإمام هذه العبارة؛ لأنها أعم من الأولى، ولا حاجة إلى التقييد بالعدوان، بل[7] يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان؛ كما أن المُودَع إذا لبس الثوب المودع ظانًّا أنه ثوبه، [أو أخذ المُودِع ثوبًا ظانًّا أنه ثوبه،][8] فكان[9] غيره - فإنه يضمنه ضمان الغصوب.

وقيل: كل مضمون على ممسكه، فهو مغصوب؛ حتى المقبوض بالشراء الفاسد

واختار الرافعي الأولى، وقال: الثابت فيما ذكر من الصور حكم الغصب، لا حقيقته.

واختار النواوي: أنه الاستيلاء على حق الغير عدوانًا، وكأنه احترز بقوله:

---

(١) سقط في د.
(٢) في جـ: وهي.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: مخايرة.
(٥) في جـ: أسلابًا.
(٦) في أ: من.
(٧) في أ: بما.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، جـ: وكان.

عدوانًا عن الاستيلاء على مال الكفار بالاغتنام، وعن الاستيلاء على مال الغير الذي في يد الغاصب؛ ليرده على مالكه؛ على أحد الوجهين(١)، وهو الموافق لنص الشافعي فيما إذا انتزع مال المسلم الذي في يد الحربي؛ ليرده على المسلم(٢)؛ حيث قال: إنه لا يلزمه الضمان؛ كما حكاه القاضي الحسين.

وأخرج بذكره(٣) «الاستيلاء»: أخذ المال على جهة الخفية بسرقة، أو اختلاس؛ [فإن الاستيلاء - كما قال مجلي](٤) - ينبني على القهر والغلبة، وإنه لا يقال: استولى على الشيء إلا أن يكون له مضاد يمانعه عنه، وأن ذلك حقيقة اللفظ في اللسان.

قال الشيخ محيي الدين النواوي: ولا يصح قول من قال: على مال الغير؛ لأنه يخرج منه الكلب، والسرجين، وجلد الميتة، وخمر الذمي، والمنافع، والحقوق، والاختصاص.

قلت: ومقتضى الحدود كلها: أنه لو ركب دابة الغير، أو جلس على فراشه، ولم ينقله: أنه يكون غاصبًا، وهو أحد القولين(٥) في النهاية، والذي صححه الرافعي.

[وحكى](٦) في البحر أن القاضي أبا الطيب قال [في مسألة الدابة](٧): لا

---

(١) قوله: واختلفوا في ضبط الغصب شرعًا.
فقيل: الاستيلاء على مال الغير على جهة التعدي.
وقيل: الاستيلاء على مال الغير بغير حق، واختار الإمام هذه العبارة؛ لأنها أعم من الأولى، وقال: لا حاجة إلى التقييد بالعدوان؛ بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان؛ كما أن المودع إذا لبس الثوب المودع ظانًّا أنه ثوبه، فكان غيره - فإنه يضمنه ضمان المغصوب.
ثم قال: واختاره النووي في حد الغصب: أنه استيلاء على حق الغير عدوانًا، وكأنه احترز بقوله: «عدوانا» عن الاستيلاء على مال الكفار بالاغتنام، وعن الاستيلاء على مال الغير الذي في يد الغاصب ليرده على مالكه على أحد الوجهين. انتهى كلامه.
وما عزاه إلى اختيار النووي قد صرح به في «الروضة» لكنه لم يعبر بقوله: عدوانا، بل بـ«غير حق»، فقال: والمختار: أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق. هذا لفظه. وقد تقدم من كلامه الفرق بين العبارتين، وأما تعبيره بقوله: وكأنه احترز عنه بما ذكر، واقتصاره - عجيب؛ فإن ذلك يخرج صورًا كثيرة محققة للإخراج واضحة الاحتراز: كالمستعير، والمودع، والمستأجر، بالنسبة إلى العين وغير ذلك. [أ و].

(٢) في أ: الحربي.
(٣) في أ: يذكر.
(٤) في أ: قال.
(٥) في د: الوجهين.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.

أعرفها لأصحابنا، والذي عندي: أنه لا يضمن؛ لأن ضمان الغصب عندنا معتبر بضمان القبض في العقد، و[القبض في العقد في][١] الدابة بنقلها، وتحويلها، فكذلك هاهنا؛ [ولذلك][٢] إذا وضع يده على ثوب إنسان بغير إذنه، لا يضمن.

وفي الحاوي: أن الغصب هو منع الإنسان من ملكه، والتصرف فيه بغير استحقاق، فإذا وجد ذلك، تم الغصب؛ فلزم الضمان، سواء نقل المغصوب عن محله أم لا.

وهذا يخرج ما إذا دفع لعبد الغير شيئًا؛ ليوصله إلى بيته من غير إذن مالكه.

وقد جزم القاضي الحسين في تعليقه، في آخر باب اللقيط: أنه يكون غاصبًا؛ لأن مثل هذا يدخله في ضمانه بالعارية، وما ضمن في العارية، ضمن في الغصب، وطرد[٣] ذلك فيما إذا استعمله في شغله.

ثم الأصل في تحريم الغصب من الكتاب: قوله تعالى: [﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ﴾ [النحل: ٩٠] والغصب من جملة المنكر، [وقوله تعالى][٤]: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وهو من الباطل.

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾ [الشورى: ٤٢]][٥]، والغصب من جملة الظلم؛ لأن حقيقة الظلم: وضع الشيء في غير محله.

ومن السنة: ما روى البخاري عن عائشة عن النبي ﷺ: «مَنْ أَخَذَ مِنَ الأَرْضِ شِبْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ، خُسِفَ بِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَى سَبْعِ أَرَضِينَ»[٦].

[وما روى مسلم عن سعيد بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: «مَنِ اقْتَطَعَ شِبْرًا مِنَ الأَرْضِ ظُلْمًا، طَوَّقَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ»][٧].

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، ج: لرد.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) أخرجه البخاري (٥/ ٢٤) كتاب المظالم، باب: إثم من ظلم شيئًا من الأرض (٢٤٥٤)، وفي (٦/ ٣٣٨)، بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين (٣١٦٩).
(٧) سقط في أ، د. والحديث أخرجه البخاري (٥/ ١٢٣) كتاب المظالم، باب: إثم من ظلم شيئًا من الأرض (٢٤٥٢)، وأخرجه (٦/ ٢٩٣)، كتاب بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين (٣١٩٨)، ومسلم (٣/ ١٢٣١)، كتاب المساقاة، باب: تحريم الظلم وغصب الأرض (١٤٠/ ١٦١٠).

وروي أنه ﷺ قال في حجة الوداع: «إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ إِلَى أَنْ تَلْقَوْا رَبَّكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا ؛ أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ ؟! اللَّهُمَّ اشْهَدْ، فَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا. أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ؛ فَلَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ مَالُ أَخِيهِ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ، أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ ؟! اللَّهُمَّ اشْهَدْ»(١).

قال الماوردي: وقد أجمعت الأمة(٢) على أن من فعله مستحلاً، كان كافرًا، ومن فعله غير مستحل، كان فاسقًا(٣).

قال: إذا غصب - [أي: من تجري عليه أحكامنا](٤) - شيئًا له قيمة، ضمنه بالغصب - أي: عند التلف - ولزمه(٥) رده - أي: عند البقاء، والتمكن منه - وإن غرم عليه أضعاف قيمته؛ لقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَ»(٦)؛ وهذا(٧) يشمل عموم الحالين من بدل و(٨) عين.

وقيل: إذا احتاج [في](٩) رد الطعام المغصوب إلى مؤنة كثيرة، لم يلزمه رده، وكان عليه المثل، وهكذا الحكم فيما لو بذره، ولم يتمكن من جمعه إلا بمؤنة كبيرة؛ كما صرح به الماوردي.

ومتى رد المغصوب بعينه من غير نقص فيه - برئ، وإن نقصت قيمته بسبب انخفاض الأسعار.

وقال أبو ثور: يضمن ارتفاع الأسواق مع الرد، كما يضمنه مع(١٠) التلف؛ قياسًا على السِّمَن.

---

(١) أخرجه محمد بن إسحاق في السيرة كما في السيرة لابن هشام (٢/ ٦٠٣)، والحديث معظمه في الصحيحين.

(٢) في جـ: الأئمة.

(٣) قوله: قال الماوردي: وقد أجمعت الأمة على أن من فعله مستحلًّا كان كافرًا، ومن فعله غير مستحل كان فاسقًا. انتهى.
وما نقله الماوردي من الإجماع على فسق فاعله، وأقره - ليس هو على إطلاقه؛ بل إن كان نصابًا فمسلَّم، وإن كان دونه فصغيرةٌ، كذا نقله الرافعي والمصنف في كتاب الشهادات عن أبي سعيد الهروي، ولم ينقلا خلافه. [أ و].

(٤) سقط في أ.

(٥) في التنبيه: ويلزمه.

(٦) تقدم.

(٧) في د: وذلك.

(٨) في جـ: أو.

(٩) سقط في أ، جـ.

(١٠) في د: عند.

وحكى الموفق بن طاهر: أن من الأصحاب من يوافقه.

وقال الإمام: إنه منقاس.

واحتج الأصحاب عليه بأنه لو غصب مثليًّا، وتلف في يده؛ برئ برد مثله وإن كان أنقص قيمة من الأصل، فأولى أن يبرأ برد العين نفسها.

وأجابوا عن السمن بأن الذاهب [منه][1] ملك المغصوب [منه][2] فضمن[3] بدله، وزيادة السوق[4] ليست بملك للمغصوب[5] منه؛ فلذلك لم يضمنها.

ثم المردود عليه هو المالك، أو وكيله في ذلك.

ولو كان الغصب من يد المودع عنده، أو من المستأجر، أو المرتهن، أو العدل الذي وضع الرهن تحت يده فرده إليه[6]، برئ على المذهب.

وفيه وجه محكي في الرافعي في كتاب الرهن: أنه لا يبرأ إلا بالرد على المالك، أو بإذن جديد للعدل في أخذه[7].

ولو كان الغصب من يد الملتقط لم يبرأ بالرد [إليه][8]، ولو كان من يد المستعير، أو المستام، ثم رده[9] إليه، ففي البراءة[10] وجهان؛ لأنهما مأذون لهما من جهة المالك، لكنهما ضامنان؛ كذا حكى[11] الرافعي في كتاب

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ، جـ.
(٣) في أ: يضمن.
(٤) في أ: القيمة.
(٥) في أ، د: المغصوب.
(٦) في أ: عليه.
(٧) قوله: ثم المردود عليه هو المالك أو وكيله في ذلك.
ولو كان الغصب من يد المودع عنده، أو من المستأجر، أو المرتهن، أو العدل الذي وضع الرهن تحت يده، فرده إليه - برئ على المذهب.
وفيه وجه محكي في «الرافعي» في كتاب الرهن: أنه لا يبرأ إلا بالرد على المالك، أو بإذن جديد للعدل في أخذه. انتهى كلامه بحروفه.
وحاصل ما حكاه عن صاحب هذا الوجه: أن البراءة في الغصب من عدل الرهن تحصل بالرد على المالك وبالرد على العدل بإذن المالك، وأما في باقي المسائل فلا تحصل إلا بالرد على المالك، حتى لو رد إلى المستأجر ونحوه بإذن المالك لم يكف، وليس الأمر كذلك؛ فإن الكل سواء على هذا الوجه كما يعرف بمراجعة كلام الرافعي هناك، ومنه - أيضًا - يعرف سبب الوهم الواقع للمصنف؛ فلا نطيل بذكره، ومحل ذلك في الباب الثالث؛ فكان صوابه أن يقول: أو بإذن جديد لمن كان تحت يده في أخذه. [أ و].
(٨) سقط في د.
(٩) في أ، د: رد.
(١٠) في أ: التركة.
(١١) في أ: حكاه.

الرهن، [والله أعلم][(١)].

قال: وإن[(٢)] **كان خيطًا، فخاط به جرح حيوان لا يؤكل، وهو مما له حرمة** - أي: كالآدمي المصان الدم، والبغل، والحمار، ونحو ذلك - **وخيف من نزعه الضرر، لم يلزمه رده**؛ لحرمة الحيوان؛ فإنها آكد من حرمة المال؛ بدليل: أنه يجوز أخذ مال الغير قهرًا؛ لحفظ الحيوان؛ على المذهب، ولا يجوز؛ لحفظ المال.

وأيضًا: فإن حق المال ينجبر بأخذ بدله وحق الحيوان [لا جابر له.

ومن قال بأنه لا يجوز أخذ مال الغير؛ لحرمة الحيوان][(٣)]؛ كما حكاه مجلي وجهًا في كتاب النفقات [وكذا الإمام، والغزالي][(٤)] قد لا يقول بمثله هنا؛ لأنه يغتفر في الدوام مالا يغتفر في الابتداء.

ثم المراد بالضرر: فوات النفس، أو العضو، وكذا شدة الضنى[(٥)]، وإبطال النزو، والزيادة في المرض على أحد الوجهين؛ كما في إباحة التيمم؛ خشية [من][(٦)] حصول ذلك[(٧)] [باستعمال][(٨)] الماء.

وفي البحر حكاية طريقة قاطعة بعدم النزع عند خوف الزيادة في المرض.

والذي ذكره الرافعي ضابطًا لذلك: خوف[(٩)] كل محذور، يجوز العدول[(١٠)] من الوضوء إلى التيمم، وفاقًا وخلافًا.

وقال الإمام: لو رتب انقدح[(١١)] وجهان:

أحدهما: أن ترك الخيط أولى؛ لقيام القيمة مقامه.

والثاني: [أن][(١٢)] النزع أولى؛ لتعلقه بحق الآدمي المبني على التضييق[(١٣)].

وأما إذا كان الحيوان لا حرمة له: كالخنزير، والكلب العقور، ونحوهما - نزع.

وكذا ينزع من المرتد عند الشيخ، والروياني، والماوردي.

---

(١) سقط في أ، ج.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ، ج.
(٥) في د: الظمأ.
(٦) سقط في أ، ج.
(٧) في د: خلل.
(٨) في أ: من استعمال.
(٩) في د: في.
(١٠) في ج: العدل.
(١١) في ج: ليقدح.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ، د: الضيق.

وحكى غيرهم فيه وجهين.

وقال بعض الخراسانيين: غير الآدمي[١] لا يكون مانعًا من الرجوع، وهو وزان الوجه الذي حكيناه عن رواية مجلي في ابتداء أخذ المال.

فرع: إذا مات الحيوان هل ينزع الخيط إذا كانت له قيمة؟ ينظر[٢]:

إن كان آدميًّا، وأثر القلع فحشا لم يقلع، وإن لم يؤثر[٣]، أو[٤] كان غير آدمي قلع[٥].

وأطلق الإمام حكاية وجهين في جواز النزع من الآدمي، وصحح وجه النزع.

وقال في البحر: الأصح[٦]: أنه لا ينزع بحال.

وخرج المتولي على هذا [الخلاف][٧] جواز النزع إذا خيط به جرح الزاني المحصن، والمحارب.

قال: وإن خاط[٨] **به جرح حيوان يؤكل** - أي: وهو ملك الغاصب - ففيه قولان:

أحدهما - وهو الذي رواه الربيع -: وجوب النزع؛ لأنه يمكنه نزعه بسبب مباح؛ فكان كالساج يدخله البناء.

والثاني - وهو رواية حرملة، وظاهر ما نقله المزني، والمذهب في البحر، وتعليق البندنيجي-: أنه لا يجب؛ لأنه ﷺ نهى عن ذبح الحيوان، لا لمأكله، وقال عليه السلام: «مَنْ ذَبَحَ عُصْفُورًا بِغَيْرِ حَقِّهَا حُوسِبَ بِهَا» قيل: وما حقها؟ قال: «أَنْ تَذْبَحَهَا لِغَيْرِ مَأْكَلَةٍ»[٩] فعلى هذا يغرم القيمة؛ للحيلولة.

أما لو كان الحيوان ملكًا لغير الغاصب، فلا ينزع وجهًا واحدًا.

---

(١) في أ: الآدميين.
(٢) في أ: فينظر.
(٣) في ج: يؤثره.
(٤) في أ: و.
(٥) في د: نزع.
(٦) في أ: الأظهر.
(٧) سقط في د.
(٨) في ج: خلط.
(٩) أخرجه أحمد بنحوه مختصرًا (٢/ ١٩٧)، والحديث تقدم بلفظ: «من أشار بقتل عصفور فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عنها»، قيل: وما حقها؟ قال: «يذبحها، فيأكلها، ولا يقطع رأسها ويطرحها».

فرعان:

[أحدهما:][١] إذا مرت بهيمة في السوق، فابتلعت جوهرة، نظر:

إن لم يكن مالكها معها، لم يضمن، ولم[٢] يجب عليه بيع الدابة لمالك الجوهرة.

وإن كان معها، ضمن، سواء كانت البهيمة شاة أو بعيرًا.

وقال ابن أبي هريرة: إن كانت بعيرًا، ضمن، و[إن كانت شاة][٣]، فلا.

والفرق: أن العرف[٤] في البعير النفور؛ فلزمه منعه، ومراعاته، والعرف في الشاة السكون؛ فلم يلزمه منعها، ومراعاتها.

ثم إذا قدر على رد الجوهرة، ردها، وأخذ ما بذله.

ولو أدخلت البهيمة رأسها في قدر لغير مالكها؛ بحيث لا يمكن إخراجها إلا بكسر القدر، أو ذبح الحيوان، نظر:

إن كان صاحب البهيمة متعديًا ليس إلا، فإن كانت البهيمة لا تؤكل، كسرت القدر، وكان على صاحب البهيمة ضمانها [وإن كانت تؤكل فهل تذبح، أو تكسر القدر ويجب على صاحب البهيمة ضمانها؟][٥] فيه وجهان.

وإن كان صاحب القدر متعديًا ليس إلا، فالواجب كسر القدر، وهو هدر.

وإن لم يكن واحد منهما متعديًا، فالحكم كما لو كان صاحب البهيمة متعديًا؛ لأنه يخلص ملكه.

وإن كانا متعديين، فإن كانت البهيمة غير مأكولة، كسرت القدر، وضمن صاحب البهيمة[٦] نصف أرشها، والنصف الثاني[٧] هدر.

وإن كانت مأكولة، وقلنا: لا تذبح [لذلك][٨]، فكذلك الحكم.

وإن قلنا: تذبح، فتنازعا، فقال صاحب القدر: اذبحها، وأنا أغرم لك نصف أرشها، وقال صاحب البهيمة: [بل][٩] اكسر القدر، وأنا أغرم لك نصف أرشها -

---

(١) سقط في د.
(٢) في د: ولا.
(٣) في أ: وإلا.
(٤) في د: الغالب.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: القدر.
(٧) في د: الباقي.
(٨) سقط في أ، وفي جـ: كذلك.
(٩) سقط في أ.

قال الماوردي: لا يجاب البادئ[١] منهما بطلب[٢] التخليص ويجاب الآخر.

ولو أمسكا عن النزاع حتى تطاول بهما الزمان، أجبر صاحب البهيمة على ذلك.

وهكذا القول في فصيل دخل[٣] دارًا فكبر فيها حتى لا يقدر على الخروج من بابها إلا بهدمه.

وفي أترجة من شجرة دخلت [في إناء][٤]، فكبرت فيه، ولم تخرج إلا بكسره.

قال: **وإن كان لوحًا فأدخله في سفينة، وهي في اللجة**، [أي:][٥] وكانت بحيث لو نزع، لهلكت وما فيها.

[قال][٦]: **وفي السفينة مال لغير الغاصب**، أي: ولم يعلم صاحبه حالة وضعه[٧] المال فيها بالغصب.

قال: **أو حيوان** - أي: محترم-: **لم ينزع**؛ لحرمة المالك[٨] والحيوان، مع أن لذلك أمدًا ينتظر، وله المطالبة بالقيمة؛ للحيلولة.

أما إذا كانت السفينة على الشط، أو بقرية في زوراق - نزع؛ قاله الماوردي.

ولو علم صاحب المال بغصب اللوح الذي فيها حالة[٩] وضع ماله[١٠] في السفينة - كان كمال الغاصب؛ صرح به في التهذيب.

ولو كان الحيوان غير محترم، كان الأمر كما لو لم يكن فيها.

قال: **وإن كان فيها مال للغاصب**[١١]، **فقد قيل: ينزع**؛ كما يقلع بناؤه؛ [لرد الساج][١٢] وإن تضرر؛ وهذا هو الأصح عند الإمام.

وقيل: لا ينزع[١٣]؛ لأنه يمكن الرد مع سلامة المال؛ إذا جاءت إلى الشط؛ بخلاف[١٤] الساج؛ وهذا هو الأصح عند ابن الصباغ، وغيره.

---

(١) في جـ: النادي.
(٢) في أ: لطلب.
(٣) في أ، جـ: داخل.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في أ: وضع.
(٨) في جـ: المال.
(٩) في جـ: إن.
(١٠) في أ: المال.
(١١) في جـ: الغاصب.
(١٢) في أ: ليرد الساجة.
(١٣) في أ: يرد.
(١٤) زاد في د: رد.

والخلاف يجري فيما لو لم يكن في السفينة شيء، ولو نزع اللوح لتلفت، وكانت للغاصب.

وفي الجيلي حكاية وجه: أن اللوح ينزع(١)، سواء كان المال لغير الغاصب، وكانت(٢) في اللجة، أو لا.

فرع: لو اختلطت السفينة التي أدخل اللوح فيها بعشر سفن للغاصب، ولم يتوصل إلى اللوح إلا بهدم جميعها؛ بأن يكون مبنيًّا عليه - ففيه وجهان: أحدهما: يهدم جميعها.

والثاني: لا، إلا أن يتعين اللوح؛ لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه [ما لا](٣) يتعين التعدي فيه؛ قاله الشيخ(٤) في المهذب، وغيره.

تنبيه: السفينة: واحدة السفن والسفين؛ قال ابن دريد: هي فعيلة بمعنى: فاعلة؛ لأنها تسفن الماء، أي: تسفن(٥) اللجة، واللج: معظم الماء، ومنه قوله تعالى: ﴿فِي بَحْرٍ لُّجِّيٍّ﴾ [النور: ٤٠].

[قال](٦) **وإن أدخل ساجًا في بناء، فعفن [فيه](٧)، لم ينزع**؛ لأن فيه إتلاف مال بغير فائدة، وقد نهى ﷺ عن إضاعة المال(٨)، ويطالب الغاصب بقيمته.

وهكذا الحكم في الخيط إذا كان لا يخرج إلا بتقطيع، ولا ينتفع به - لا ينزع.

أما إذا لم يعفن، [الساج](٩) نزع وإن تلف على الغاصب [بسبب نزعه](١٠) أضعاف قيمته؛ لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»(١١)، ويطالب بأجرة مثله؛ إن كان لمثله أجرة، وكذلك أرش نقصه؛ إن نقص.

---

(١) في أ: لا ينزع.
(٢) في أ: كان.
(٣) في د: ما له لأنه.
(٤) في ج: البندنيجي.
(٥) في ج، د: تفسره.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ج.
(٨) روي مرفوعًا من حديث المغيرة بن شعبة: «إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات، ومنع وهات، وكره لكم قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال».
أخرجه البخاري (٥/ ٨٦) كتاب الاستقراض وأداء الديون، باب: ما ينهى عن إضاعة المال، برقم (٢٤٠٨)، ومسلم كتاب الأقضية، باب: النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، برقم (١٢/ ٥٩٣).
(٩) سقط في ج.
(١٠) في ج، د: بسببه.
(١١) تقدم تخريجه.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون ما بني عليه منارة لمسجد، أو غيرها.

ويجب عليه بعد نقض المنارة غرم نقضها للمسجد وإن كان هو المتطوع بها.

قال الماوردي: لخروجها عن ملكه.

تنبيه: الساج [تكسير، وهو](١) - بالسين المهملة، وتخفيف الجيم-: نوع من الخشب، [وهو أجوده](٢).

[و](٣) عفن: بكسر الفاء.

قال: **وإن تلف المغصوب عنده**، أي: بآفة سماوية، **أو أتلفه**؛ وكذا لو أتلفه أجنبي بسبب قصاص جرى سببه في يده، أو بغير سبب.

قال: **فإن كان له مثل، ضمنه بمثله**؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

ولأنه أقرب للجبر(٤).

ولا فرق في ذلك بين أن تكون قيمة المثل مثل قيمة الأصل، أو أنقص؛ كما إذا كان الأصل يساوي عشرة، وقيمة المثل تساوي خمسة؛ لأن الرجوع للمثل رجوع [إلى المشاهدة](٥) والرجوع إلى القيمة رجوع إلى الاجتهاد، [والمشاهدة أقوى(٦) من الاجتهاد](٧)؛ وكذا قال في البحر وغيره.

نعم: لو كان للأصل قيمة(٨) عند(٩) الغصب، والمثل لا قيمة له عند الرد(١٠): كما إذا غصب ماء [في يده](١١) [في برية](١٢)، ثم ظفر به على الشط - فإن المطالبة هاهنا تكون بقيمة البرية؛ كما حكاه المتولي، ونقله الإمام عن شيخه هاهنا، [و](١٣) عن نص الشافعي قبيل [باب](١٤) ما يفسد الماء.

ثم إذا اجتمعا في تلك البرية، [أو في مثلها](١٥)، هل يجب رد المثل،

---

(١) سقط في أ، ج.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج: للخير.
(٥) في ج: للمشاهدة.
(٦) في د: أولى.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ج: قيمته.
(٩) في أ، د: حين.
(١٠) في د: رده.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في أ.
(١٥) سقط في أ.

واسترداد القيمة، أم لا؟ فيه وجهان: المذكور منهما في التتمة الأول.

فرع: لو تراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل، هل يجوز؟ فيه وجهان، بناهما الماوردي على[١] الوجهين في جواز أخذ أرش العيب[٢] مع القدرة على رد المعيب، وأصحهما في البحر: الجواز.

تنبيه: ما حد المثلي؟ اختلف الأصحاب فيه:

فقيل: كل مقدر بالكيل، أو الوزن؛ لأن التقدير يدل على تقارب الأجزاء؛ وهذا ما ينسب إلى الشيخ أبي محمد، وإلى النص؛ أخذًا من قوله في المختصر: وما له كيل، أو وزن، فعليه مثل كيله[٣] أو وزنه.

وقد أبطل هذا الحد بالمعجونات، والمعروضات على النار؛ فإنها ليست مثلية مع اندراجها فيه.

وقيل: كل مقدر بالكيل أو الوزن، ويجوز فيه السلم؛ لأن السلم يثبت[٤] بالوصف في الذمة، والضمان يشبهه.

ولأنه يثبت في الذمة.

وهذا يدخل الملاعق، وصنجات الميزان، [وهي غير مثلية][٥].

وقيل: كل مقدر بالكيل، أو الوزن يجوز السلم فيه، ويجوز بيع بعضه ببعض [متماثلًا؛ لتشابه][٦] الأصلين في قضية التقابل، وهو ما ذكر عن القاضي أبي الطيب، وحكي عن القفال، واقتصر الفوراني على حكايته؛ وكذا البغوي لم يحك سواه عن المراوزة.

قال الغزالي هاهنا: وهذا[٧] يخرج منه الرطب والعنب، وإخراجهما من[٨] المثليات بعيد[٩] وإن كان قد قال في كتاب الزكاة: إن الرطب من ذوات القيم؛ على الصحيح.

وقال الإمام - حكاية عن القاضي-: إنه يدخل القماقم، والملاعق، والمغارف

---

(١) زاد في أ: أحد.
(٢) في أ: الأرش للعيب.
(٣) في د: مكيله.
(٤) زاد في د: تثبيت.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: فيتماثلا لتساويه.
(٧) في أ: وقد.
(٨) في د: قول.
(٩) في جـ: بعقد.

المتخذة من الصفر، والنحاس؛ فإنها موزونة، ويجوز السلم فيها، وبيع بعضها ببعض، وليست مثلية.

قال الرافعي: لكن قد مر في باب السلم: أن القماقم، ونحوها، لا يجوز السلم فيها لاختلافها، وإنما الجواز في الأصطال المربعة، والظروف المصبوبة في القوالب، فإن كان الإلزام[1] بمثلها فلا يبعد[2] ممن صار إلى العبارات الثلاث طردها فيها والحكم[3] بأنها مثلية.

قلت: ما قاله من[4] منع السلم في [القماقم][5] ونحوها هو ما صار إليه الشيخ أبو حامد.

وقد حكيت عن القاضي أبي الطيب: أنه قال: يجوز السلم فيها، وأنه حكاه عن نص الشافعي في الأم؛ وحينئذ يكون السؤال متقدمًا على النص، ولا يمكن من قال به أن يقول: إن القماقم والملاعق مثلية.

نعم: قد يجاب عنه بأن القائل بجواز السلم فيها، لا يشترط ذكر الوزن [فيها][6] - كما ذكرناه في موضعه - وإذا كان كذلك، فقد خرجت من الحد؛ لكونها غير موزونة؛ فإنه قد يقال: المعتبر في كون الشيء موزونًا: أن يكون الوزن معتبرًا فيه؛ إذا ثبت في الذمة، والله أعلم.

وقيل: المثلي هو الذي يقسم بين الشريكين من غير حاجة إلى تقويم.

قال الرافعي: ولك أن تقول: هذا يشكل[7] بالأرض المتساوية الأجزاء؛ فإنها تقسم، وليست مثلية.

وقيل: ما تقاربت أجزاؤه، ولم[8] تتفاوت[9] قيمته؛ وهذا ما وقفت عليه في تعليق القاضي أبي الطيب، وهو يدخل الرطب، والعنب، والدقيق.

وقد صرح عند الكلام في[10] خلط الدقيق بالدقيق: أنه متقوم.

---

(١) في أ: الالتزام.
(٢) في أ: بعد.
(٣) في جـ: ولا يحكم.
(٤) في جـ، د: في.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في جـ: مشكل.
(٨) في د: ولا.
(٩) في أ: تتقارب.
(١٠) زاد في د: أن.

وحكى الإمام عن العراقيين: أنهم [رأوا الرطب، والعنب، والدقيق مثليات[١].

ونسب الرافعي إلى العراقيين: أنهم][٢] قالوا: المثلي: ما لا تختلف أجزاء النوع [الواحد][٣] منه في القيمة، وربما يقال[٤]: في الجرم والقيمة.

ويقرب منه قول من قال: المثليات[٥] هي [التي][٦] تتشاكل في الخلقة، ومعظم المنفعة.

و[ما][٧] اختاره الإمام - رحمه الله - تساوي الأجزاء في المنفعة، والقيمة؛ فزاد[٨] النظر إلى المنفعة، وعلى ذلك جرى في الوسيط، وزاد: من حيث الذات، لا من حيث الصنعة، وقصد به الاحتراز عن الملاعق، والمغارف، وصنجات الميزان المتساوية.

قال الرافعي: ولك أن تقول: الملعقة، ونحوها، لو وردت على الضابط المذكور، فإما أن ترد؛ لتماثل أجزائها، وهي ملعقة، أو لتماثل أجزاء جوهرها فقط.

والأول باطل؛ لأن أجزاء الملعقة غير متماثلة في المنفعة.

[وأما الثاني: فالصفر الذي هو جوهر الملعقة][٩] إذا كان مثليًّا، كان تماثل أجزائه من حيث الذات لا الصنعة.

ثم قال: والأحسن أن يقال: المثلي كل ما [يحصره الكيل][١٠]، أو[١١] الوزن، ويجوز السلم فيه.

ولا يقال: كل مكيل، أو موزون؛ لأن المفهوم منهما[١٢]: ما يعتاد كيله ووزنه[١٣]؛ فيخرج منه الماء، وهو مثلي، وكذا التراب، وهو مثلي[١٤] على الأصح.

وقد نشأ من اختلاف العبارات خلاف في الصُّفْر، والنحاس، والحديد،

---

(١) في د: مثليًّا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: تقول.
(٥) في أ: المثلى.
(٦) سقط في جـ، د.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ: مراد.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في د: يحضره الوكيل.
(١١) في أ، د: و.
(١٢) في أ: منها.
(١٣) في أ: أو وزنة.
(١٤) سقط في جـ.

والآنك - وهو الرصاص - لأن[1] أجزاءها مختلفة الجواهر، وفي التبر والسبيكة، والمسك، والعنبر، والعود، [والنفط][2]، والملح[3]، والجمد، [والقطن][4]، والإبرسم، والغزل، وفي الصوف - أيضًا - كما حكاه في البحر.

وقال القاضي الحسين فيه: المذهب: أنه غير مثلي.

ثم قال: إن كان صوفًا[5] لا يتفاحش فيه التفاوت، [فهو من ذوات الأمثال، وإن كان يتفاحش فيه التفاوت][6]، فلا مثل له.

وفي الرطب، والعنب، وسائر الفواكه الرطبة، والأظهر: أنها جميعًا مثلية.

وفي السكر، والفانيذ، والعسل المصفى بالنار، واللحم الطري، وكذا القديد - على رأي حكاه في البحر - وفي الخبز، والأظهر [فيه][7]: أنه مثلي[8].

وقد أفتى القفال بأن البطيخ والخيار من ذوات القيم، وحكاه المزني في المنثور قولًا[9]، واختاره.

وأما الحبوب، والتمر، والزبيب، والأدهان، والألبان، والسمن، والمخيض، والخل الذي لا ماء فيه، ونحو ذلك - فإنها[10] مثلية، قال الرافعي: بالاتفاق.

وألحق في البحر: السمن، واللبن، [والبلح][11]، [والسكر][12]، ونحوه، ومقتضاه[13]: جريان الخلاف فيها[14].

---

(١) في أ: أن.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، د: والثلج.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في جـ: ما.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) قوله: وقد نشأ من اختلاف العبارات في حد المثلي اختلاف في العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة، والأظهر: أنها جميعها مثلية. ثم قال: وفي الخبز، والأظهر فيه أنه مثلي. انتهى كلامه.
فيه أمران:
أحدهما: أن كلامه في باب زكاة النبات حاصله رجحان القول بأن الفواكه الرطبة متقوِّمة، على عكس ما صححه هنا، وقد سبق ذكر لفظه هناك.
الأمر الثاني: أن ما ذكره هاهنا من كون الخبز مثليًّا قد ذكر ما يخالفه في كتاب السلم؛ فإنه نقل عن الأكثرين امتناع السلم فيه، والمشهور في حد المثلي: أنه الذي يحصره الكيل أو الوزن، ويجوز السلم فيه. [أ و].
(٩) زاد في جـ: واحدًا.
(١٠) في أ، د: فهي.
(١١) في د: بالبلح.
(١٢) في أ: بالسكر.
(١٣) في أ، جـ: ومقتضياه.
(١٤) في أ: فيهما.

والدراهم والدنانير مثلية اتفاقًا.

قال الرافعي: وقضية العبارة الثانية: إثبات الخلاف فيها؛ لأن في السلم [في الدراهم والدنانير][(١)] اختلافًا.

وأيضًا فإنهم جعلوا المُكسَّرة على الخلاف في التبر، والسبيكة؛ لتفاوت القراضات في الجرم.

ومثل ذلك يفرض في الصحاح؛ فيلزم مجيء الخلاف فيها؛ وهذا في الدراهم والدنانير الخالصة، أما المغشوشة، ففي التتمة: أن أمرها مبني على جواز التعامل بها: إن جوزناه فهي مثلية، وإلا [فهى متقومة][(٢)]؛ لأن ما لا يملك بالعقد، [لا يملك][(٣)] عوضًا عن متلف.

قال: **فإن**[(٤)] **أعوزه المثل**، أي: في البلد وحوله؛ على النعت الذي ذكرناه في السلم.

[قال][(٥)]: **أو وجده بأكثر من ثمن المثل، ضمنه بقيمة المثل**:

أما عند الإعواز؛ فلأنه غاية الممكن في الجبر.

وأما عند وجوده بأكثر من ثمن المثل؛ فلأن[(٦)] الموجود كذلك كالمعدوم[(٧)] بالنسبة إلى القيام بالواجب؛ دليله: الرقبة في الكفارة، والماء في التيمم.

وقيل: يلزمه المثل في هذه الحالة؛ كما لو لم يقدر على رد المغصوب إلا بأضعاف ثمنه؛ وهذا ما صححه البغوي، والروياني، واختاره في المرشد.

والقائلون بالأول - ومنهم الغزالي - فرقوا بين المثل والعين بأنه تَعَدَّى في العين دون المثل.

قال: **وقت المحاكمة والتأدية** - أي: طلب التأدية - لأن الواجب في الذمة هو المثل؛ بدليل: أن المالك لو صبر إلى وجوده، لم يجبر على أخذ القيمة، وإنما تجب القيمة بالطلب جبرًا لحقه؛ فاعتبرت في وقته؛ لأن ما قبل ذلك لا ينضبط؛ وهذا ما صححه ابن يونس.

وحكى مجلي أن بعض أصحابنا قال: إنه غلط، ولا وجه له؛ لأن زيادة القيمة

---

(١) في د: فيها.
(٢) في د: فمتقومة.
(٣) سقط في د.
(٤) في التنبيه: وإن.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: فإن.
(٧) في أ: المعدوم.

بعد تلف المغصوب لا تعتبر[(١)]، فكيف [بعد إعواز][(٢)] المثل.

ويقرب منه ما حكاه في البحر عن القاضي الطبري: أنه خلاف النص.

قال: **وقيل: يضمنه بقيمته[(٣)] أكثر ما كانت[(٤)] من حين القبض إلى وقت الحكم[(٥)] بالقيمة**؛ لأن المثل هو الواجب إلى الحكم؛ كما أن الواجب رد العين المغصوبة إلى وقت التلف، ثم هناك يعتبر أكثر القيمة من الغصب إلى التلف - كما[(٦)] سنذكره - فكذلك هاهنا؛ وهذا ما حكاه أبو الطيب عن ابن أبي هريرة.

قال: **وقيل: عليه قيمته أكثر مما[(٧)] كانت من حين القبض إلى حين تعذر المثل**؛ لأن وجود المثل [كبقاء][(٨)] عين المغصوب؛ من حيث إنه كان مأمورًا برد المثل [كما كان مأمورًا برد العين][(٩)] فإذا لم يفعل، غرم أقصى قيمته[(١٠)] في المدتين؛ كما يضمن[(١١)] ما لا مثل له إذا تلف لهذا المعنى؛ وهذا قول أبي إسحاق المروزي، وصححه الرافعي، واستحسنه الإمام، وبه جزم الصيدلاني، وقال في البحر: إنه ظاهر المذهب.

ووراء[(١٢)] ما ذكره الشيخ وجوه يتم بها في المسألة اثنا عشر وجهًا:

أحدها: أنه يضمن المثل بقيمته يوم الانقطاع؛ لأن الثابت في الذمة لا يتصف بالزيادة، ولا بالنقصان؛ حكاه القاضي الحسين.

قال في البحر: وهذا اختيار أبي علي الزجاجي، والحناطي، والماوردي، وجماعة، وبه أقول.

والثاني: أنه يضمن قيمته يوم أخذ القيمة، لا يوم المطالبة، ولا يوم التلف؛ حكاه الرافعي عما علق عن الشيخ أبي حامد، وهو الذي جزم به البندنيجي، وقال: لا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم عليه بدفع القيمة عند الإعواز أو لا.

والثالث: أنه يضمنه بقيمته[(١٣)] أكثر ما كانت من [حين][(١٤)] القبض إلى

---

(١) في أ: يتعين.
(٢) في أ: لا يجوز.
(٣) في التنبيه: بقيمة المثل.
(٤) في التنبيه: يكون.
(٥) في التنبيه: المحاكمة.
(٦) في أ: لما.
(٧) في أ: من.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في جـ: القيمة.
(١١) في جـ: نص.
(١٢) في أ: وهذا.
(١٣) في جـ: بقيمة.
(١٤) سقط في أ.

حالة[(١)] الأخذ، وهو ما حكاه المحاملي، وهو مخالف للوجه الثاني الذي حكاه الشيخ هنا؛ فإن بين وقت الحكم وبين حالة الأخذ فرقًا؛ ولأجله [أضمرت طلبه][(٢)]، والتأدية في القول الأول من كلام الشيخ؛ خشية التناقض؛ فإن القيمة قد تكون في[(٣)] يوم المحاكمة مخالفة لقيمة يوم التأدية، والشيخ في هذه العبارة هاهنا وافق عبارة القاضي أبي الطيب في تعليقه.

والرابع: أنه يضمنه [بقيمته أكثر][(٤)] ما كانت من وقت[(٥)] تعذر المثل إلى وقت المطالبة.

قال الإمام: وهذا عندي غلط، [ووجَّه غلطه][(٦)] بما ذكرناه عن مجلي في تغليط القائل بالوجه الأول في الكتاب.

والخامس: أنه يضمنه بقيمته أكثر ما كانت من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة.

والسادس: أن الواجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين تلف المغصوب،؛ لأنه لما أتلفه، ولم يوجد له مثل[(٧)]، صار كالذي لا مثل له.

والسابع: أن الواجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين تلف المغصوب إلى الإعواز.

قال الرافعي: وربما بني هذا والذي قبله على أن الواجب عند إعواز المثل قيمة المغصوب؛ لأنه الذي تلف على المالك، أو قيمة المثل؛ [لأنه الواجب عند][(٨)] التلف، وإنما رجعنا إلى القيمة؛ لتعذره، وفيه وجهان لأبي الطيب بن سلمة.

قلت: أما الأول فصحيح، وقد حكاه الماوردي عن [رواية][(٩)] أبي حفص بن الوكيل مبنيًّا عليه.

وأما الثاني، فلا؛ لأن ارتفاع الأسواق لا يضمن بعد التلف، وقد ضمنه هذا القائل.

---

(١) في أ: حين.
(٢) في جـ: أضمر مطلبه، ود: أضمرنا طلب.
(٣) في أ: من.
(٤) في أ: بأكثر.
(٥) في أ: حين.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في أ: شرعًا.
(٨) في د: لأن الواجب غير.
(٩) سقط في جـ.

والثامن: أن الواجب قيمته[1] [يوم تلف المغصوب.

وقال مجلي: وهذا يختص بقولنا: إن الواجب قيمة المغصوب][2] المغصوب لا المثل.

والتاسع: أنه ينظر، إن كان مما [ينقطع في جميع البلاد: كالعصير، فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز، وإن كان مما][3] لا ينقطع عن أيدي الناس، وإنما يتعذر في موضع دون موضع - فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة[4]؛ حكاه في المهذب، وهو

---

(١) في ج، د: قيمة. (٢) سقط في ج.

(٣) سقط في ج.

(٤) قوله - نقلًا عن الشيخ-: فإن أعوزه المثل، أو وجده بأكثر من ثمن المثل - ضمنه بقيمة المثل وقت الطلب.
وقيل: يضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى وقت الحكم بالقيمة.
وقيل: بأقصى القيم من حين القبض إلى حين تعذر المثل، وصححه الرافعي. ووراء ما ذكره الشيخ وجوه يتم بها في المسألة اثنا عشر وجهًا:
رابعها: أنه يضمن المثل بقيمة يوم الانقطاع.
خامسها: بالقيمة يوم أخذ القيمة، لا يوم المطالبة ولا يوم التلف، حكاه الرافعي عما علق عن الشيخ أبي حامد.
سادسها: بقيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حالة الأخذ، والفرق بين هذا وبين الثاني مما ذكر أولًا: أن ذلك معتبر للمحاكمة، وهذا معتبر لنفس الأخذ.
سابعها: بقيمته أكثر ما كانت من وقت تعذر المثل إلى وقت المطالبة.
ثامنها: بقيمته أكثر ما كانت من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبة.
تاسعها: أن الواجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين تلف المغصوب؛ لأنه لما أتلفه، ولم يوجد له مثل صار كالذي له مثل له.
عاشرها: أن الواجب عليه قيمته أكثر ما كانت من حين تلف المغصوب إلى الإعواز، قال الرافعي: وربما بُني هذا والذي قبله على أن الواجب عند إعواز المثل قيمة المغصوب؛ لأنه الذي تلف على المالك، أو قيمة المثل؛ لأنه الواجب عند التلف، وإنما رجعنا إلى القيمة؛ لتعذره، وفيه وجهان لأبي الطيب بن سلمة. قلت: أما الأول فصحيح، وقد حكاه الماوردي عن رواية أبي حفص بن الوكيل مثنيًا عليه، وأما الثاني فلا؛ لأن ارتفاع الأسواق لا يضمن بعد التلف، وقد ضمنه هذا القائل.
الحادي عشر: أن الواجب قيمة يوم تلف المغصوب.
الثاني عشر: ينظر: إن كان مما ينقطع في جميع البلاد كالعصير فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز، وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس، وإنما يتعذر في موضع دون موضع - فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة. انتهى كلامه.
وهذا السؤال الذي ذكره - رحمه الله - قبيل الوجه الحادي عشر غلط، سببه: أنه لم ينقل كلام الرافعي إلى آخره، ففهمه على غير وجهه؛ فإن مراد الرافعي بناء الوجهين - وهما التاسع والعاشر - على الوجهين المنقولين عن ابن سلمة حتى يكون التاسع مفرعًا على الأول منهما، =

ما اختاره في المرشد، ونسبه القاضي أبو الطيب إلى أبي العباس بن القاص، وغلطه فيه.

فرع: إذا ظفر المالك بالغاصب في غير موضع الغصب، وكان المغصوب مثليًّا، والمثل موجود، وقد تلف الأصل(١)، هل له المطالبة بالمثل، أو بالقيمة؟ ينظر:

إن كان مما لا مؤنة لنقله: كالدراهم، والدنانير؛ فله المطالبة بالمثل عند الأكثرين.

وإن كان لنقله مؤنة، فالذي حكاه [الرافعي عن الأكثرين: أنه لا يطالب إلا بالقيمة من غير تعرض لتفصيل.

والذي حكاه](٢) ابن الصباغ، والماوردي، والبندنيجي: أن ذلك فيما إذا كانت قيمة المثل في بلد المطالبة أكثر [قال الزبيلي: قال الشافعي: [لأنا لو حملناه على المثل؛ لكان في ذلك ضرر وإتلاف ماله؛ لاختلاف الأسعار](٣).

أما إذا كانت مساوية لقيمة بلد الغصب، أو أقل - فله المطالبة بالمثل.

وقد حكى الإمام ذلك عن الشيخ أبي علي، وأنه حمل ما قاله الشافعي](٤) والأصحاب على ما إذا كانت قيمة بلد الغصب أقل.

وحكى عن شيخه وجهين في المطالبة بالمثل في هذه الحالة، وأظهرهما: أنه لا يطالب بالمثل، وإنما يطالب بقيمة المثل ببلد الغصب.

والثاني: [أنه](٥) يطالب بالمثل، واختلاف الأماكن كاختلاف الزمان.

ثم قال: وهذا الوجه منقاس، لكني لست أثق به، فإني لم أره في شيء من الطرق(٦)، وسبيلي فيما انفرد بنقله(٧) عنه، إذا لم أجده في غير طريقه - أن

= والعاشر مفرعًا على الثاني، ومع هذا فلا إشكال، وقد صرح به الرافعي فقال عقب ما حكاه المصنف ما نصه: فإن قلنا بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغصوب؛ لأن المثل حينئذ يجب إلي وقت الانقطاع والإعواز. هذا لفظه، ولو لم يصرح به الرافعي لكان الحمل عليه متعينًا. [أ و].

(١) في أ: الغصوب.
(٢) من أول: قال الزبيلي إلى هنا سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: الطريق.
(٧) في أ: بنقل، ود: بنقلي.

أتوقف، ولا أخلي الكتاب عن[١] ذكره.

قلت: لم يكن شيخه منفردًا بنقله؛ فإن الزبيلي من أصحابنا حكاه عن أبي إسحاق، وأنه ليس له إلا المثل في جميع المواضع وإن اختلفت الأسعار؛ كما [أنه][٢] ليس له إلا المثل وإن اختلفت الأزمان؛ كذا حكاه في أدب القضاء له.

وحكى فيه - أيضًا - أن ابن أبي هريرة قال: إن كان اختلاف الأسعار لاختلاف الأزمان، فليس له إلا القيمة، وإنما يحمل على المثل إذا لم تختلف الأزمان.

وقد خرج في الوسيط الخلاف الذي ذكرناه في المثليّ في الدراهم والدنانير.

ولو كان المغصوب [باقيًا][٣] بحاله، وهو مثلي، وقد ظفر[٤] المالك بالغاصب في غير موضعه.

قال الماوردي: لا يطالب بالمثل.

وقال ابن الصباغ والبندنيجي: ينظر: إن لم يكن لنقله مؤنة: كالأثمان، [لم يكن][٥] له المطالبة به؛ وإن كان لنقله مؤنة: كالحبوب، والأدهان، فإن كانت قيمة البلدين متساوية؛ كان له المطالبة بالمثل، وإن كانت مختلفة؛ فالمغصوب منه بالخيار بين أن [يأخذ][٦] قيمة ما يساوي في بلد الغصب، وبين أن يصبر[٧] حتى يأتيا بلد الغصب، فيأخذ عين ماله، وإذا أخذ القيمة ملكها، ولم يملك الغاصب الطعام.

فرع: إذا أتلف إنسان مثليًّا من غير أن يضع يده عليه، وعدم المثل؛ حكى القاضي الحسين [فيما يضمنه][٨] وجهين:

أحدهما: قيمة يوم الانقطاع.

والثاني: أكثر ما كان المثل قيمة من يوم [الوجوب إلى يوم الانقطاع.

قال الإمام: ويندرج[٩] وجه ثالث ضعيف: وهو اعتبار قيمة يوم][١٠] التغريم.

---

(١) في أ: ممن.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: يظفر.
(٥) في أ: كان.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: يظفر.
(٨) في أ: فيها.
(٩) في أ: وينقدح.
(١٠) سقط في د.

فرع: إذا غصب مثليًّا، فتلف في يده، والمثل مفقود.

قال الرافعي: فالقياس أن يجب - على الوجه الثالث، والتاسع - أقصى القيم من حين الغصب إلى حين التلف.

وفي البحر حكاية ذلك عن النص.

وعلى [الوجه الرابع والحادي عشر: قيمة يوم التلف.

وعلى الخامس: قيمة يوم الأخذ.

وعلى][(١)] السابع والثامن: أقصى القيم من وقت التلف إلى وقت المطالبة.

وعلى الثاني [عشر][(٢)]: إن كان المثل منقطعًا في جميع البلاد، فقيمة يوم التلف، وإلا فقيمة يوم التغريم.

والأوجه الثلاثة الباقية لا يختلف الحكم فيها؛ فيكون المتحصل في هذه المسألة ثمانية أوجه[(٣)].

---

(١) سقط في د. (٢) سقط في أ.

(٣) قوله: فرع: إذا غصب مثليًّا، فتلف في يده، والمثل مفقود -.

قال الرافعي: فالقياس: أن يجب على الوجه الثالث والتاسع أقصى القيم من حين الغصب إلى حين التلف، وعلى الوجه الرابع والحادي عشر: قيمة يوم التلف، وعلى الخامس: قيمة يوم الأخذ، وعلى السابع والثامن أقصى القيم من وقت التلف إلى وقت المطالبة.

وعلى الثاني عشر: إن كان المثل منقطعًا في جميع البلاد فقيمة يوم التلف، وإلا فقيمة يوم التغريم، والأوجه الثلاثة الباقية لا يختلف الحكم فيها؛ فيكون المتحصل في هذه المسألة ثمانية أوجه. انتهى كلامه.

والثلاثة الباقية هي الأول والثاني والسادس، فاحفظ ما ذكرته لك، وحاصله: أن الرافعي ذكر في المسألة المفرع عليها اثني عشر وجهًا، ثم فرع على جميعها، فأما الوجوه فلم يذكر الرافعي منها إلا أحد عشر وجهًا؛ فإنه لم ينقل الوجه الثاني - وهو القائل بأنه يجب الأقصى من الغصب - إلى الحكم، وإنما نقله المصنف، وجعله مغايرًا للأقصى من الغصب إلى التغريم والمطالبة، ومع كون الرافعي لم يذكره، لكن كلامُهُ يقتضي أن المراد بالجميع شيء واحد؛ فإنه قال قبيل العاشر: وقد يبدل لفظ «المطالبة والتغريم» بـ «الحكم بالقيمة»، والمرجع إلى شيء واحد. هذا لفظه، وقد تفطن لذلك في «المطلب»، فعدها أحد عشر، ثم قال: ووهمت في «الكفاية»، فعددتها اثني عشر، والصواب هذا؛ لأن العبارات متداخلة. هذا لفظه في «المطلب»، وقد لزم من تداخل هذين الوجهين - وهما الثاني والسادس - تداخل ما فرعه عليهما في مسألتنا الآن.

وأما التفريع فإن الرافعي مع كونه لم يذكر إلا أحد عشر لم يفرع على الحادي عشر المعبر عنه في كلام المصنف هنا بالخامس، وهو القائل بأن العبرة بيوم الأخذ، حتى إن النووي ذكره من «زياداته»، وقال: إن التفريع عليه لا يختلف. فالحاصل أن في كلامه غلطًا من وجوه؛ منها: عدها اثني عشر، ومنها: نسبتها إلى الرافعي، ومنها: كون المستفاد من التفريع ثمانية أوجه، وإنما هي سبعة، ومنها: =

قال: وإن لم يكن له مثل - [أي:][(١)] كالعبيد، والجواهر، والثياب - ضمنه بقيمته؛ لقوله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ فِيهِ شُرَكَاءُ وَلَهُ وَفَاءٌ فَهُوَ حُرٌّ، وَيَضْمَنُ نَصِيبَ شُرَكَائِهِ بِقِيمَةِ مَا أَسَاءَ مِنْ مُشَارَكَتِهِمْ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ شَيْءٌ»[(٢)]، خرجه النسائي.

وجه الدلالة منه: أن ما لا مثل له لو ضمن بالمثل الصوري؛ لضمنه رسول الله ﷺ.

ولأن إيجاب المثل في الخلقة لا يمكن؛ لاختلاف الجنس الواحد في القيمة؛ فكانت القيمة أقرب إلى جبر الفائت.

قال: أكثر ما كانت من حين الغصب[(٣)] إلى حين التلف؛ لأنه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته؛ فلزمه ضمان قيمته فيها؛ كالحال التي غصبها فيها.

ولأنه ما من حالة يفرض فيها قيمة إلا والغاصب كان مخاطبًا فيها برد العين، فإذا لم يرد، فقد فوت الرد؛ فلزمه بدله؛ كذا قاله الإمام.

قال: وتجب قيمته من نقد البلد [في البلد][(٤)] **الذي غصب فيه**؛ لأنه موضع الضمان.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون المغصوب عرَضًا، أو ذهبًا، أو فضة، ونقد البلد من غير جنسه، أو من جنسه، استوت قيمته ووزنه، أو زادت [قيمته][(٥)] على وزنه؛ بسبب الصنعة؛ كما إذا كان المغصوب حليًّا، أو آنية، وجوزنا اتخاذها، وزنة ذلك مائة، وقيمته مصوغًا[(٦)] مائة وعشرون - فإنه يضمن مائة وعشرين.

وإذا لم نجوز اتخاذها[(٧)]؛ كانت الصنعة كلا صنعة.

وفي النهاية في ضمن فروع ذكرها بعد[(٨)] باب الوليمة: أنه يضمن قيمتها -

---

= نسبة هذه الثمانية إلى الرافعي، والذي ذكره منها إنما هو ستة، وقد أتعبت فكري في تقرير هذه الأمور. [أ و].

(١) سقط في أ، ج.

(٢) أخرجه النسائي في الكبرى (٣/ ١٨٥) كتاب العتق، مسألة ومن ملك عبدًا، (٤٩٦١).

(٣) في التنبيه: القبض.

(٤) سقط في ج، د.

(٥) سقط في ج، وفي د: القيمة.

(٦) في أ: مغصوبًا.

(٧) في د: اتخاذ الآنية.

(٨) في أ: في.

أيضًا - على وجه، وقال: [إنه][(١)] غريب غير متجه.

قال: **وقيل: إن كان حليًّا من ذهب**[(٢)] - أي: ونقد البلد ذهب - **ضمن العين بمثل وزنها من جنسها** - أي: وهو مائة في مثالنا - **وضمن الصنعة بقيمتها فضة**؛ لأنا لو قلنا: إنه يضمن الجميع بجنسه؛ لكان يدفع مائة وعشرين في بدل مائة، وذلك ربا.

قال: **وليس بشيء**؛ لأن الزيادة إنما تراعى في العقود والمعاوضات، وأما في الفسوخ والإتلافات فلا، وهذا إتلاف.

[أيضًا:][(٣)] فإن القدر الزائد على زنة[(٤)] المغصوب في مقابلة الصنعة التي لا يدخلها الربا، ولو دخلها الربا إذا قومت بالذهب؛ لدخلها إذا قومت بالفضة؛ نظرًا إلى قاعدة: مد عجوة.

وفي تعليق القاضي الحسين [حكاية][(٥)] وجه: أنه يضمن العين في مثالنا بالفضة، والصنعة بالذهب.

وحكاية قول منصوص للشافعي في كتاب الصداق الكبير: أنه يضمن العين والصنعة في مثالنا بالفضة، وحكاه[(٦)] الماوردي وغيره وجهًا.

وفي الرافعي وغيره حكاية وجه: أنه يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بنقد البلد؛ سواء كان من جنس المغصوب، أو غير جنسه.

والفرق بينه وبين الوجه الثاني في[(٧)] الكتاب: أن هاهنا يضمن العين بجنسها [وإن كانت من غير نقد البلد، ويضمن الصنعة [بنقد البلد، ثم ضمن العين بجنسها][(٨)]؛ لكونه نقد البلد، وضمن الصنعة][(٩)] بالفضة، وهي من غير نقد البلد.

وما ذكرناه فيما إذا كان المغصوب ذهبًا، ونقد البلد ذهبًا - يجري مثله فيما إذا كان [المغصوب][(١٠)] فضة، ونقد البلد فضة.

والسبيكة إن قلنا: إنها مثلية، قال الرافعي: فيها وجهان:

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في جـ: ضمن.
(٣) سقط في جـ.
(٤) في جـ: بزنة.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: حكاية.
(٧) في أ: من.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) سقط في جـ، د.

أحدهما: أنه يضمن الكل بغير جنسه.

وأصحهما: أنه يضمن الوزن بالمثل، والصنعة بنقد البلد؛ سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه.

وإن قلنا: إنها متقومة(١)، فيضمن الكل [بنقد البلد كيف كان](٢).

قال: وينبغي أن يجيء على هذا وجه التضمين بغير الجنس، إن كان نقد البلد من الجنس؛ لأن معنى الربا لا يختلف.

وما اختلفت قيمته من النقار، لا بسبب صنعة فيه، [الواجب فيه](٣) قيمته بغير جنسه، وإن لم يكن من نقد البلد عند العراقيين.

وحكى الرافعي فيه وجهًا آخر: أنه تجب قيمته بنقد البلد [و](٤) إن كان من جنسه.

تنبيه: قال الجيلي: قول الشيخ: وتجب قيمته من نقد البلد الذي غصب فيه، ليس بصواب؛ إذ لم يذكره أحد من المصنفين، ولا هو في [كتاب](٥) المهذب، بل صوابه أن يقول: من نقد البلد الذي حصل فيه التلف؛ لأنه موضع وجوب الضمان، وينتقل من العين إلى الذمة [بالتلف](٦).

وما قاله هو الذي يقتضيه كلام الرافعي؛ حيث قال: وإنما تجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف.

[ويقرب منه ما [حكاه](٧) في المهذب والبحر: أن القيمة تجب من نقد البلد الذي تلفت فيه](٨).

قلت: وفيما قيل نظر من وجهين:

أحدهما: أن الذي يوجد في أكثر النسخ: «وتجب قيمته من نقد البلد في البلد الذي غصب فيه»، وهكذا(٩) هو في توجيه ابن الخل(١٠)؛ وهذا اللفظ يفهم غير ما يفهمه اللفظ الأول.

---

(١) في ج: متفوتة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، د.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: وهذا.
(١٠) في أ: ابن الحل وهو تحريف.

الثاني: على تقدير أن يكون اللفظ كما ذكره، وهو الذي في ابن يونس - أيضًا - فإنما يظهر صحة ما قالوه إذا كانت قيمة بلد التلف أكثر، أو[١] أروج، أما إذا كانت قيمة بلد الغصب أكثر، أو[٢] أروج؛ فلا.

بل[٣] يظهر اعتبار نقد بلد الغصب؛ عملًا بما علل به الأصحاب وجوب أكبر القيمتين؛ بأن[٤] ما من حالة تفرض[٥] فيها قيمة إلا والغاصب كان مخاطبًا فيها برد العين، فإذا لم يرد [العين][٦]، فقد فوت الرد[٧]؛ فلزمه بدله.

كذلك نقول في النقد: ما من بلد حل[٨] فيها المغصوب، إلا والغاصب مطالب بالرد فيه، فإذا لم يرد، فقد فوت قيمة[٩] المغصوب بذلك النقد؛ فوجب أن يجب إذا كانت القيمة [بنقده][١٠] أكثر، أو هو أروج.

وقد حكى صاحب البحر عن والده ما يقاربه؛ فإنه قال: إذا كان نقد البلد وقت الغصب دراهم، ثم تلف المغصوب في يده، ونقد البلد يوم التلف دنانير، فأراد صاحب المال أن يضمنه دراهم، [ثم][١١] يعدل إلى قيمتها بالدنانير؛ لكونها[١٢] أحظ له - أن له ذلك، ووجهه بما ذكرته.

ثم قال: ومن الأصحاب من قال: الاعتبار بحال الاستقرار [عند][١٣] تغير الأحوال.

ومما يؤيد ما ذكرته: أن الرافعي حكى فيما إذا نقل المغصوب المثلي إلى بلد، وتلف فيه، أو أتلفه ثم ظفر به المالك في بلد[١٤]، وقلنا[١٥]: إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف، فله أخذ قيمة [أكثر][١٦] البلدين قيمة.

وفي الوسيط في هذه الصورة: أن [له أن][١٧] يطالبه[١٨] بقيمة أي بلد شاء من بلدي الغصب والإتلاف، وذلك يؤيد ما ذكرته، أيضًا.

---

(١) في أ: و.
(٢) في د: و.
(٣) في أ: فلا.
(٤) في أ: فإن.
(٥) في أ: تعرض.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ، د: رد العين.
(٨) في أ: يدخل.
(٩) في أ: فيه.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في ج، د: لكونه.
(١٣) سقط في أ، د.
(١٤) في ج: ثالث.
(١٥) في د: وقولنا.
(١٦) سقط في ج.
(١٧) سقط في د.
(١٨) في أ: يطالب.

وقد يظهر منه[١] تصحيح كلام الشيخ؛ فإن[٢] وزان ما قاله الغزالي في هذه المسألة: أن يكون مخيرًا في تلف ما لا مثل له في غير بلد الغصب بين أخذ قيمته ببلد الغصب، وبلد التلف؛ لأنه يستحق مطالبته [بإقباض العين][٣] في كل منهما، والتخيير [فرع وجوب قيمة البلدين؛ كما أن تخيير المضمون له في مطالبة الأصل والفرع][٤] فرع وجوب دينه في ذمتهما.

ومقتضاه: أنه إذا قبض قيمة إحداهما؛ برئ من قيمة الأخرى؛ كما نقول في الدين[٥] على الضامن؛ وإذا كان كذلك، فقد صح ما قاله الشيخ من وجوب القيمة بنقد بلد الغصب؛ لأنها إذا وجبت فيهما، وجبت في أحدهما، غاية الأمر أن يقال: كلام الشيخ يوهم الحصر فيه، وهو أسهل من نقله ما لم [يقل به][٦] أحد، والله أعلم.

فروع:

أحدها: إذا غصب مثليًّا، فاتخذ منه ما ليس بمثليٍّ، ثم تلف: كالحنطة، إذا جعلها دقيقًا، وقلنا: إنه ليس بمثلي، أو غصب تمرًا، فاتخذ منه خلاًّ - قال العراقيون: ضمن[٧] المثل.

وفي كتاب التهذيب: أنه يضمن المثل؛ إن كان أكثر قيمة، أو ساوت قيمته قيمة المتقوم؛ [وإن نقصت؛ ضمن قيمة المتقوم][٨].

وعن القاضي الحسين: أنه يضمن أقصى القيم، وليس للمالك مطالبته بالمثل.

وفي الحاوي: أنه يرجع بالمثل، والقدر الزائد في قيمة الدقيق مثلًا عن المثل؛ إن حصل بالطحن زيادة.

الفرع الثاني: إذا غصب ما ليس بمثلي، واتخذ منه مثليًّا: كما إذا غصب زيتونًا، ثم عصره زيتًا، ثم تلف - قال العراقيون: ضمن مثل الزيت.

---

(١) في أ: من.
(٢) في أ: أن.
(٣) في أ: بالعين.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الدية.
(٦) في جـ: نقله.
(٧) في جـ: يضمن.
(٨) سقط في أ.

وفي الحاوي: أنه يضمن المثل، وما نقص من قيمة الزيتون عنه[(١)].

والمذكور في التهذيب: أنه يضمن المثل؛ إن كانت قيمته أزيد من قيمة الزيتون، أو متساوية؛ وإن كانت أقل فقيمة الزيتون.

وقال الغزالي: إنه مخير بين أن يأخذ المثل، أو القيمة عن المغصوب.

الفرع الثالث: إذا غصب مثليًّا، فاتخذ منه مثليًّا: كما إذا غصب سمسمًا، فاتخذ منه شيرجًا، ثم تلف - قال العراقيون والغزالي: المالك بالخيار، فيغرمه ما شاء منهما.

وفي التهذيب: إن كان أحدهما أكثر قيمة، غرم مثله، ولا يخير المالك.

قال: **وإن ذهب المغصوب من اليد، ولم يتلف؛ بأن كان عبدًا، فأبق** - أي: أو بهيمة فضلت، أو ثوبًا فضاع - **ضمن البدل**، أي: القيمة إذا طلبها المالك؛ ليقع الجبر بها بقدر الإمكان.

والواجب أقصى قيمة المغصوب من يوم الغصب إلى يوم المطالبة.

وفي الحاوي: أن الواجب قيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى وقت فوات الرد.

وإذا أخذ المغصوب منه البدل؛ ملكه على الصحيح.

وقال القفال: لا يملكه؛ كما لا يملك الغاصب الآبق؛ فإنه لو ملكه لاجتمع له الأصل والبدل، بل له الانتفاع به مع بقائه على ملك الغاصب.

وعبر الماوردي عن هذا بأنه ملك القيمة ملكًا مراعًى.

وعلى الأول، هل يبرأ الغاصب من أجرة العبد من حين غرم القيمة أم لا؟ فيه وجهان:

---

(١) قوله: وإذا غصب ما ليس بمثلي، واتخذ منه مثليًّا، كما إذا غصب زيتونا، ثم عصره زيتا، ثم تلف - قال العراقيون: ضمن مثل الزيت.
وفي «الحاوي»: أنه يضمن المثل وما نقص من قيمة الزيتون عنه. انتهى كلامه.
ومقتضاه: أن العراقيين لم يوجبوا الأرش مع المثل، وليس كذلك؛ بل صرحوا بوجوبه، قال البندنيجي [فيما] إذا غصب نخلة، فأطلعت، وجف رطبها وتلف-: إنه يجب المثل وأرش ما نقص من الرطب. وكذا ذكره المحاملي في «المجموع»، وسليم الرازي في «المجرد»، وابن الصباغ في «الشامل»، والماوردي على ما نقله في الكتاب. نعم، أوجب القاضي أبو الطيب والشيخ أبو إسحاق المثل، ولم يتعرضا للزيادة. [أ و].

أظهرهما - في تعليق القاضي الحسين-: الأول.

وأصحهما: الثاني، مع أن غير الغاصب لو استعمله، ضَمِن الأجرة للمغصوب منه وجهًا واحدًا كما قاله الماوردي، وبنى المتولي الوجهين في عدم مؤاخذة الغاصب بالأجرة من حين الغرم على أن مأخذ تغريم القيمة ماذا؟

فمنهم من قال: وجبت بإزاء ما يفوته من الانتفاع بملكه دفعًا للضرر عنه.

ومنهم من قال: إنما وجبت للحيلولة عقوبة عليه على سبيل التغليظ، والوجهان جاريان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة هل تكون مضمونة على الغاصب؟

وفي أنه هل يلزمه مؤنة رده، وفي أن جناية الآبق هل يتعلق ضمانها بالغاصب؟

وهكذا الحكم عند[1] الشيخ أبي محمد[2] [لو غيب][3] الغاصب العبد المغصوب إلى مكان بعيد وعسر رده.

ومنهم من قطع بوجوب الأجرة وثبوت سائر الأحكام في هذه الصورة؛ وعلى ذلك جرى في الوسيط والقاضي الحسين.

والفرق: أن من غيبه باختياره باق في يده وتصرفه فلا تنقطع علائق الضمان بخلاف الآبق، وليس للغاصب إجبار المالك على أخذ القيمة بحال؛ لأنها ليست حقًّا ثابتًا في الذمة حتى يجبر على قبوله، و[4] الإبراء منه، بل لو أبرأه المالك عنها لم ينفذ.

وعن بعض الأصحاب: تنزيلها منزلة الحقوق المستقرة.

قال: **فإن عاد رده**[5] أي وجوبًا؛ لأنه لا يصح تملكه بالبيع؛ فلا يصح بالتضمين؛ كالتالف.

قال: **واسترجع**[6] **البدل** أي: إن كان باقيًا لزوال الحيلولة التي كانت سبب التمليك.

قال الشيخ في المهذب: ويسترجعه مع زوائده المتصلة دون زوائده المنفصلة؛

---

(١) في أ: عن.
(٢) في أ: حامد.
(٣) في أ: فيما لو غصب، ود: فيما لو غيب.
(٤) في أ، جـ: أو.
(٥) في التنبيه: فإذا عاد رد.
(٦) في أ: يسترجع.

كالولد، واللبن، وهو في ذلك موافق لابن الصباغ، والقاضي أبي الطيب، وفي ذلك نظر؛ فإن البدل المراد به القيمة؛ كما صرح به في المهذب والشامل، والقيمة إنما تؤخذ نقدًا، والنقد لا زوائد له.

وطريق الجواب عنه: أن يكون المالك قد اعتاض عن القيمة شاة مثلا فإن عند القاضي أبي الطيب إذا استبدل من له ثمن في ذمة شخص [عنه][١] عينًا ثم رد المبيع بعيب[٢] - أن له أن يسترجع العين؛ كما حكيناه في باب المصراة.

ووزانه أن[٣] يسترجع [الشاة][٤] هاهنا، وعلى ذلك [يحمل][٥] ما قالوه، وبه صور الروياني المسألة في «البحر».

فرع: إذا كان النقد[٦] المأخوذ بدلًا باقيًا هل يجب رده بعينه[٧] أم لا؟ تردد فيه الشيخ أبو محمد، وهو نظير خلاف حكيناه في البيع عند الرد بالعيب، ولا خلاف في أن البدل إذا كان تالفا وجب رد بدله ولم يختلف الأصحاب [في][٨] أن ملك المغصوب منه لا يستقر على أخذ البدل في صورة إباق العبد ونحوها؛ بخلاف ما إذا أخذه لإعواز المثل، أو للظفر بالغاصب[٩] في غير بلد الغصب، [ولم يوجب دفع المثل؛ لاختلاف قيمته، أو كان المغصوب عبدًا وهو باق في بلد الغصب][١٠] ثم وجد المثل أو عاد إلى بلد الغصب؛ فإن القيمة تستقر على ملك المالك، وليس له ردها والمطالبة [بالمثل أو العبد][١١] كما جزم به الماوردي، والذي حكاه القاضي أبو الطيب فيما إذا ظفر به بغير بلد الغصب وكان المغصوب مثليًّا - أن للمالك مطالبته بقيمة المغصوب ببلد الغصب، ثم إذا عاد إلى بلد الغصب تسلم المغصوب منه المغصوب وزال ملكه عن القيمة، وردها إلى الغاصب، ومقتضى هذا طرده في [باقي][١٢] الصور[١٣].

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: بالعيب.
(٣) في ج: أنه.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج، د: للنقد.
(٧) في د: بعيبه.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، ج: للغاصب.
(١٠) سقط في ج.
(١١) في أ، د: بالملك والعبد.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) قوله: والذي حكاه القاضي أبو الطيب فيما إذا ظفر به بغير بلد الغصب، وكان المغصوب مثليًّا - أن للمالك مطالبته بقيمة المغصوب ببلد الغصب، ثم إذا عاد إلى بلد الغصب يسلم المغصوبَ منه المغصوبَ، وزال ملكه عن القيمة، وردها إلى الغاصب، ومقتضى هذا: طَرْدُهُ في =

وقد حكى الإمام الوجهين فيما إذا أخذ القيمة لإعواز المثل، أو[1] للظفر به في غير بلد الغصب، ووافق في الوسيط القاضي أبا الطيب فيما حكاه، وحكى الوجهين فيما إذا أخذ القيمة عند إعواز المثل.

قال الرافعي: وهذا لا وجه له، بل الخلاف في المسألتين واحد باتفاق الناقلين.

فرع: هل للغاصب حبس المغصوب إلى أن يسترد القيمة؟ جزم في الوجيز بأن له ذلك.

وحكى في الوسيط ذلك عن القاضي، وأنه أسنده إلى نص الشافعي في [غير][2] المختصر، وقد رأيته في تعليقه، وطرده فيما إذا اشترى [شراء فاسدًا][3] أن له حبس المبيع إلى أن يرد الثمن [عليه][4] ثم قال الغزالي: وفيما ذكره[5] احتمال ظاهر.

قلت:- وقد قدمت في البيع: أن المذهب عدم [ثبوت حق][6] الحبس للمشتري [في البيع الفاسد؛ كما نص عليه ابن سريج.

قال الرافعي: ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه][7] واختار الإمام المنع في الصورتين.

فرع: إذا أعتق المالك العبد الذي أبق من يد الغاصب بعد أخذ القيمة للحيلولة؛ رجع الغاصب بها على المالك، ولو كان المغصوب الذي أبق أم ولد المالك فأعتقها بعد أخذ القيمة، أو مات فكذلك الحكم.

وحكى المتولي في [مسألة الموت][8] عن أبي عاصم [العبادي][9] [وجهًا][10] أنه لا يرجع.

= باقي الصور. انتهى كلامه.

وأشار بـ «باقي الصور» إلى الصورتين المتقدم ذكرهما: إحداهما: إذا تلف المغصوب، فأخذ القيمة لإعواز المثل، والثانية: أن يوجد، لكن ظفر بالغاصب في بلد آخر، وكان في النقل إليها مؤنة. إذا علمت ذلك علمت أن ما حاوله من التخريج غير مستقيم؛ لأن مقالة القاضي فيما إذا كان المغصوب باقيا، ولا يلزم من زوال الملك هناك زواله فيما إذا تلف .[أ و].

(١) في أ: و.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: قاله.
(٦) في أ: حق ثبوت.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ، ج.

فرع: لو كان موضع العبد معروفًا أُخِذَ الغاصب برده، وإن غرم أضعاف ثمنه، فلو استأجر على رده أجنبيًّا جاز، ولو استأجر مالكه فوجهان في الحاوي(١) وإذا أخذ المالك [القيمة](٢) في هذه الحالة قهرًا.

قال الماوردي: ملكها ملكًا مستقرًّا، وملك الغاصب العبد ملكًا مراعًى [ليتملكه بعد](٣) القدرة عليه إن شاء، أو يتوصل [به](٤) إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء؛ لأن الإجبار يمنع من استقرار الملك بالإعواض، وإذا قدر على العبد المغصوب، فهو حينئذ بالخيار بين أن يتملكه عن(٥) اختيار المغصوب منه، فإن اختار رده ورضي بذلك المغصوب منه - جاز، ولا يستحق عليه أجرة ما مضى، وإلا بيع، فإن كان ثمنه قدر القيمة المأخوذة؛ أخذه الغاصب، وإن زاد عليها كان الفاضل للمغصوب منه، وإن نقص فلا شيء له غيره.

قال: **وإن نقص من عينه شيء بأن تلف بعضه أو حدث(٦) فيه ما [ينقص قيمة المغصوب](٧)؛ بأن كان مائعًا فأغلاه أو فحلا فأنزاه على بهيمة فنقصت قيمته ضمن أرش ما نقص**؛ كما يضمن القيمة عند التلف، ويضمن الأرش بأكثر الأمرين أيضًا؛ لما ذكرناه، وهكذا الحكم [أيضًا](٨) فيما لو كان ثوبًا فنشره فنقص بسبب النشر، أو حيوانًا فذبحه أو حنطة فطحنها، أو سمسمًا فجعله شيرجًا ونحو ذلك؛ بالقياس على ما لو كان عبدًا فقطع يده، أو حمارًا فقطع أذنه.

وفي الحاوي في مسألة السمسم: أن المغصوب منه يستحق المطالبة بالمثل؛ لأنه أشبه بالمغصوب من أجزائه.

---

(١) قوله: فلو استأجر على رد المغصوب أجنبيًّا جاز، ولو استأجر مالكه فوجهان في «الحاوي». انتهى كلامه.
واعلم أن صاحب «الحاوي» إنما فرض الوجهين في استئجار المالك على المطالبة به، ولا يلزم من جواز استئجاره على المطالبة جواز استئجاره على الرد: فإنه إذا قبض المغصوب ليرده فقد وصل إلى يده، وحصل القبض. [أ و].

(٢) سقط في أ، ج.
(٣) في أ: لتملكه يوم.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج، د: من غير.
(٦) في أ: أحدث.
(٧) في أ: نقص قيمته، وفي التنبيه: نقص به قيمته.
(٨) سقط في أ، د.

وفي المهذب حكاية مثله في الدقيق.

تنبيه: قول الشيخ: ضمن أرش ما نقص يعرفك أن مراده بتلف البعض [تلف](١) جزء غير مثلي، فإنه لو كان التالف جزءًا مثليًا لما ضمنه [بأرش النقص؛ كما إذا كان زيتًا أو دهنًا أو عصيرًا فأغلاه فنقص وزنه فإنه يضمن مثل ما نقص](٢) سواء كانت قيمته بعد الغلي مثل ما كانت قبله أو أنقص.

وعن [ابن سريج: أنه لا يضمن ما نقص من العصير إذا لم تنقص(٣) القيمة فإن الفائت المائيةُ بخلاف الزيت وهو اختيار الشيخ أبي حامد والروياني.

وروي عن صاحب التقريب: أنه صار في الزيت والدهن إلى ما صار إليه](٤) ابن سريج في العصير، والأصح الأول، والخلاف المذكور في إغلاء العصير يجري فيما إذا صار خلا أو(٥) انتقصت عينه دون قيمته، وكذا إذا صار الرطب تمرًا.

فرع: إذا نقص الإغلاء للعين والقيمة ضمن [مثل](٦) الذاهب بالإغلاء إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر فيلزمه مع مثل الذاهب أرش(٧) نقصان الباقي(٨).

قال: **وإن تلف بعضه ونقص قيمة الباقي مثل أن يغصب زوجي خف قيمتهما عشرة [دراهم](٩) فضاع أحدهما وصار قيمة الثاني(١٠) درهمين لزمه قيمة التالف، وأرش ما نقص وهو ثمانية.**

أما [قيمة التالف](١١) فلتلفه تحت يده.

وأما أرش ما نقص، فلأنه حصل بالتفريق الحاصل في يده، فأشبه نقص قيمة المائع بالإغلاء، ونقص الثوب بقطع بعضه وتلفه، وهذا ما جزم به الرافعي.

قال: **وقيل: يلزمه درهمان**؛ لأنه لم يتلف في يد الغاصب إلا ما قيمته درهمان، وهذا الوجه لم أقف عليه في هذه المسألة في شيء مما وقفت عليه من(١٢) كتب المذهب، لكن كلام الأئمة في الطريقين يقتضيه، فإنهم حكوا فيما

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في ج: له.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج: و.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في ج: النقصان الثاني.
(٨) في أ: الثاني.
(٩) سقط في ج، د.
(١٠) في التنبيه: الباقي.
(١١) في أ: قيمته.
(١٢) في أ: في.

إذا غصب واحدًا من خفين قيمتهما عشرة فاستهلكه أو أتلفه ابتداء من غير غصب، وقيمة كل واحد منهما عند انفراده درهمان [أن فيما يلزم الوجهين المذكورين في الكتاب:

أحدهما: يلزمه ثمانية: درهمان][١] قيمة الذي أتلفه، وستة ضمان النقص بالانفراد؛ لأنها جناية منه.

والثاني: لا يضمن إلا درهمين وهما قيمة ما تفرد[٢] باستهلاكه؛ فإذا كانت الزيادة الحاصلة [في المتلف][٣] بسبب الانضمام وهي ثلاثة لا يضمن إذا فاتت بالغصب والإتلاف المضمن [الزائد من القيمة][٤] بسبب ارتفاع الأسواق لم يظهر فرق بين أن يكون الآخر غير مغصوب أو مغصوبًا وقد رده؛ لأن الإتلاف مع الغصب إذا كان لا يضمنها، فالغصب وحده مع الرد أولى، وقد حكى البندنيجي وصاحب الحلية والتتمة في مسألة الكتاب وجهًا؛ أنه يضمن خمسة، وهو القياس؛ لأن الزيادة قد استقرت [بالتلف][٥] فضمنها؛ كارتفاع السوق[٦].

وقياس هذا أن يطردوه[٧] في المسألة المستشهد بها، وقد حكاه فيها المراوزة أيضًا، ورجحه الإمام، والبغوي، وكذا القفال على ما حكاه في البحر، وقاسه على ما إذا كان عبد بين اثنين قيمته مائة دينار فأعتق أحدهما نصيبه[٨] وهو موسر؛ فإنه لا يضمن خمسين ولكنه يضمن قيمة نصفه إذا بيع منفردًا[٩]، والذي رجحه الشيخ أبو حامد والشيخ في المهذب ضمان الثمانية، وهو الذي اختاره في البحر، والقاضي أبو الطيب في شرح الفروع، ونسبه إلى أبي العباس - يعني ابن القاص - كما صرح[١٠] [به][١١] غيره في شرح الفروع وقد تحصل[١٢] في كل من المسألتين ثلاثة أوجه ولا خلاف [في][١٣] أنه لو سَرق فردَ خفٍّ منهما[١٤] لم يجب عليه القطع.

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: انفرد.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: ما زاد، وفي جـ: ما زاد من القيمة.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: الأسواق.
(٧) في جـ، د: يطرده.
(٨) في أ، د: نصفه.
(٩) في أ: متفرقا.
(١٠) في د: قاله.
(١١) سقط في د.
(١٢) في أ: حصل.
(١٣) سقط في جـ.
(١٤) في أ: قيمتهما.

وحكى المتولي عن بعض أصحابنا[١]: أنه قال فيما إذا شق الثوب وتلف [نصفه][٢] ونقصت قيمة النصف الباقي بالشق[٣] أن الحكم كما ذكرناه في مسألة الخف، والجمهور على تضمينه النقص في هذه الحالة.

تنبيه: قوله زوجي خف: يعني فردتين، يقال: عندي فردا خف، وزوجا نعال، وزوجا حمام لذكر وأنثى، وكذا كل فردتين لا يصلح أحدهما إلا بالآخر.

قال: **وإن كان عبدًا فقطع يده لزمه [أكثر الأمرين][٤] من أرش النقص[٥] أو نصف القيمة[٦] أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين قطع اليد**؛ لأنه قد وجد سبب ضمانهما وهو اليد والجناية؛ فوجب [أكثرهما][٧] مثال ذلك: إذا كانت قيمة العبد مائة ثم بلغت مائتين وقطعت يده، فإن كانت قيمته بعد القطع مائة وخمسين ضمن المائة[٨]؛ لأن اليد تضمن بنصف الدية من الحر فضمنت من العبد بنصف القيمة، وإن كانت قيمته بعد القطع خمسين؛ ضمن مائة وخمسين؛ لأن هذا النقص حصل في يده بسبب جنايته.

وقيل: لا يضمن إلا نصف القيمة بأكثر الأمرين؛ لأن ما ضمن[٩] ببدل مقدر في الإتلاف ضمن في الغصب به؛ كالنفس، وهذا تفريع على الجديد في أن جراح العبد من قيمته؛ كجراح الحر من ديته.

أما إذا كان[١٠] الواجب فيه أرش ما نقص فهو الواجب هنا أيضًا.

ومحل المطالبة بالقيمة إذا اندمل الجرح، أما إذا لم يندمل ففي جواز المطالبة بأرش اليد قولان يأتيان إن شاء الله.

ولو سقطت يد العبد بآفة سماوية ضمن الأرش ولا يضمن المقدر[١١]؛ لأن التقدير من خاصية الجناية، وهذا ما جزم به البندنيجي وصححه الغزالي وجعله الشيخ في المهذب المذهب، وحكي عن بعض أصحابنا أنه يرد معه ما يجب

---

(١) في أ: الأصحاب.
(٢) في أ، د: أحد نصفيه.
(٣) في جـ: بالنصف.
(٤) في د: الأكثر.
(٥) في أ، والتنبيه: ما نقص.
(٦) في أ، والتنبيه: قيمته.
(٧) سقط في أ.
(٨) في جـ، د: مائة.
(٩) في جـ: يضمن.
(١٠) زاد في أ، د: قلنا.
(١١) في د: التقدير.

بالجناية، ولو ذهبت يد العبد بجناية أجنبي [وجب][١] على [العبد][٢] الجاني نصف القيمة بسبب القطع، وعلى الغاصب أكثر الأمرين.

وفي الوسيط حكاية وجه[٣] فيما إذا زاد[٤] نصف القيمة على ما نقص من القيمة: أن الغاصب لا يطالب بالزائد، وألحق الرافعي قطع اليد بسبب سرقة في يد الغاصب، أو جناية؛ بسقوطها بالآفة السماوية، وسوَّى في ذلك بين أن يكون القطع في يد الغاصب أو بعد استرداد العبد، ولو قطعت يده في يد الغاصب بسرقة في يد المالك، أو جناية ففي وجوب ضمانها على[٥] الغاصب وجهان، كما لو اشترى عبدًا سارقًا فقطع في يده، فإن ضَمَّنَّاهُ فهل يكون كما إذا سقطت بآفة سماوية؛ لأنه تلف بلا بدل أو بإتلاف أجنبي؛ لأنه حصل بالاختيار؟ فيه تردد، والذي اختاره في المرشد ضمان النقص.

فرع: لو جنى العبد في يد الغاصب جناية تتعلق برقبته، فداه الغاصب بأرش الجناية في قول، وبأكثر الأمرين من أرش الجناية أو القيمة في قول[٦]؛ كما حكاه[٧] الإمام ومن تابعه، والذي حكاه المتولي الثاني، وكذلك البندنيجي.

ولو مات العبد قبل الفداء أخذ المالك قيمته من الغاصب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، وإن كانت حين التلف أكثر - تعلق حق المجني عليه بجميعها ورجع المالك على الغاصب بقدر ما أخذه المجني عليه منها إن كان الأرش دونها.

وإن كانت قيمته يوم الغصب أكثر؛ مثل: إن كانت مائتين ويوم الجناية مائة؛ فلا يتعلق حق المجني عليه إلا بمائة منها، والحكم كما تقدم.

وحكى الشيخ أبو علي وجهًا: أن ما يأخذه المالك من الغاصب لا يملك

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: وجهين.
(٤) في ج: رد.
(٥) في أ، ج: في.
(٦) قوله: فرع: لو جنى العبد في يد الغاصب جناية تتعلق برقبة العبد؛ فداه الغاصب بأرش الجناية في قولٍ، وبأكثر الأمرين من أرش الجناية أو القيمة في قولٍ... إلى آخره.
وما ادعاه في القول الثاني من أن الفداء بالأكثر، غلطٌ مخالف لما ذكره الأصحاب كافة؛ بل صوابه: أقل الأمرين. [أ و].
(٧) في ج: حكى.

المجني عليه المطالبة به، ويطالب الغاصب بمثله إن تعلق به حقه أو بما دونه، ولا خلاف في أنه لو سرق في يد المالك، ثم قُطِع بعد الرد إليه؛ لا يجب على الغاصب شيء.

قال: **وإن أحدث فيه فعلًا نقص به وخيف عليه الفساد في الباقي**[(١)] : **بأن كان حنطة فبلها، أو زيتا فخلطه بالماء وخيف عليه الفساد استحق عليه مثل طعامه وزيته**؛ لأن فساده يتزايد إلى أن يتلف فصار[(٢)] كالمستهلك، وهذا ما نص عليه في الأم، وهو الأظهر في طريق العراق، وجعله البندنيجي المذهب.

قال: - **وقيل فيه قولان:**

أحدهما: - هذا.

والثاني: [أنه][(٣)] **يأخذه وأرش ما نقص**؛ لأنه وجد عين ماله فرجع إليه؛ كالشاة إذا ذبحت، والثوب إذا مزق[(٤)] وهذا ما حكاه الربيع.

وقال الغزالي: إنه مخرج.

وحكى الرافعي عن[(٥)] البندنيجي حكاية قول عن[(٦)] أبي إسحاق أن الغاصب يتخير بين أن يمسكه ويغرم بدله، وبين أن يرده مع أرش النقصان، والمذكور في الوسيط حكايةً عن الشافعي: أن المالك بالخيار بين أن يأخذ بدله وبين أن يأخذه مع أرش النقص.

وعند[(٧)] الشيخ أبي خلف السلمي[(٨)] شارح «المفتاح» عن هذا القول، بأن المالك إن شاء ضمَّن الغاصب ما نقص الآن، ولا شيء له في زيادة تحصل من بعد، وإن شاء تركه له[(٩)] وطالبه بجميع البدل، وهذا ما حكاه الماوردي عن أبي إسحاق، وابن أبي هريرة، وقد تحصَّل في المسألة أربعة أقوال[(١٠)].

---

(١) في التنبيه: الثاني.
(٢) في أ: يصير.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: سرقت.
(٥) في ج، د: عند.
(٦) زاد في أ: رواية.
(٧) في ج، د: وعند.
(٨) هو: محمد بن عبد الملك بن خلف، أبو خلف السلمي الطبري، أخذ عن القفال وأبي منصور البغدادي، من تصانيفه: شرح المفتاح، والمعين وغير ذلك، توفي سنة سبعين وأربعمائة.
ينظر: طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (١/ ٢٥٨)، وطبقات السبكي (٤/ ١٧٩).
(٩) في ج، د: إليه.
(١٠) في ج، د: أوجه.

التفريع:

إن قلنا بالأول: فلمن يكون المغصوب؛ هل للمغصوب منه، أو للغاصب؟ فيه وجهان في التتمة.

وإن قلنا بالثاني: فكلما نقص المغصوب أخذ المالك[١] أرشه، هكذا حكاه القاضي أبو الطيب، والبندنيجي في مسألة غصب العسل والسمن والدقيق، وجعله عصيدة وخيف فساده، وظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا يغرم له بعد ذلك شيئًا كما حكيناه عن شارح المفتاح في تصوير القول الرابع، وهو قضية كلام الرافعي؛ فإنه قال: يغرمه أرش عيب سار.

وحكي عن المتولي أن الحاكم إذا رأى تسليم جميع الأرش إليه فعل، وإذا رأى أن يسلم إليه أرش النقص المتحقق[٢] في الحال ويوقف الزيادة إلى التحقق فعل، ثم قال [الرافعي][٣] وفي هذا توقُّفٌ[٤]؛ لأن المعقول من [أرش العيب الساري][٥] أرش العيب الذي شأنه السراية، وأنه حاصل في الحال.

أما المتولد منه فيجب قطع النظر عنه؛ إذ الكلام في النقصان الذي لا تقف[٦] سرايته إلى الهلاك، فلو نظرنا إلى المتولد منه لا نجرّ ذلك إلى وجوب القيمة، وهو عَود إلى القول الأول أي التخيير، ولو كان للنقص غاية ينتهي إليها، لكنه لم ينته إليها بعد، قال الماوردي: فليس له إبدال الزيت بغيره، وينتظر حدوث نقصانه فيرجع به، فإن تلف المغصوب قبل انتهاء نقصانه؛ فهل يرجع بما كان ينتهي إليه من نقص[٧] أم لا؟ فيه وجهان مخرجان من القولين فيمن [إذا][٨] قلع سن صبي لم يثغر ومات قبل أن يثغر.

ولو[٩] باع المغصوب منه المغصوب قبل أن ينتهي إلى حالة النقص، فإن علم به المشتري فللمغصوب منه أن يرجع على الغاصب بنقصه؛ لأنه عاوض عليه ناقصًا، وإن لم يعلم المشتري به ولم يرده، كان في رجوع المغصوب منه على

---

(١) في أ: الغاصب.
(٢) في أ: المحقق.
(٣) سقط في أ، جـ.
(٤) في جـ، د: نظر يوقف.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: تجب.
(٧) في أ: بعد.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، جـ: وإن.

الغاصب بأرش نقصه وجهان: -

وجه المنع: أنه بالمعاوضة عليه سليمًا قد وصل[(١)] إليه من جهة المشتري حقه، فصار بمثابة ما لم يحدث به نقص، وحكم العفن السارى من غير تلك كما حكاه الشيخ أبو حامد عن الشافعي - حكم البلل، وهو ظاهر لفظ المختصر، وفيه تكلم الإمام، وكذلك الماوردي، وألحق به الحنطة إذا ساست أو دادت بالدود.

وقال القاضي أبو الطيب يجب في العفن رد العين، وما نقص قولًا واحدًا؛ لأنه ليس من فعله فلا يضمن ما يتولد منه بخلاف البلل، واختاره في المرشد وصححه ابن الصباغ.

ثم قال: فإن قيل: فالعفن مضمون عليه؛ لوجوده في يده، وإن لم يكن [من][(٢)] فعله فكان ما تولد[(٣)] منه يتولد في[(٤)] الضمان؛ ألا ترى أنه لو ابتل بماء المطر أو بله غيره كما لو أتلفه بنفسه.

فالجواب عندي: أن يقال: أن النقص الذي حصل بالبلل إذا زاد وكثر، فإنما حصل متولدًا منه، وأما العفن فإنما يزيد ببقائه ومكثه في يده كما أن الأول حصل بذلك، وبعضه يولد بعضًا.

ومرض العبد المغصوب إذا كان ساريًا؛ مثل السل والاستسقاء تردد الشيخ أبو محمد في إلحاقه بالعفن الساري، ولم يرض الإمام ذلك؛ فإن المرض الميئوس منه قد يبرأ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد [لا محالة][(٥)].

قال: - **وإن كان له منفعة** أي تستوفى بعقد الإجارة **ضمن** [أُجرته][(٦)] **للمدة التي أقام في يده** أي وإن لم يستوفها؛ لأن ما ضمن [بالمسمى][(٧)] في العقد الصحيح [و][(٨)] بالبدل في الفاسد ضمن [من][(٩)] غير عقد بالغصب؛ كالأعيان.

نعم[(١٠)] إذا استوفاها فنقصت قيمة الثوب بسبب الاستيفاء، فهل يضمن أرش

---

(١) في أ، جـ: فضل.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، جـ: يتولد.
(٤) في أ: من.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في د.
(١٠) زاد في د: أرش.

النقص مع الأجرة؟ أو يضمن أكثرهما لا غير؟ فيه وجهان:

ظاهر النص منهما كما حكاه القاضي أبو الطيب؛ الأول، وهو الذي صححه الرافعي قياسًا على ما لو حصل النقص بسبب آخر، والذي حكاه المزني على ما نقله المتولي: الثاني، وهو الذي [حكاه][١] في المرشد؛ لأن فيه جبرًا للحقين؛ فلا يقابل مضمون بضمانين، ومقتضى هذا أن يجب عند عدم الاستيفاء أجرة استعمال لا تنقص من العين شيئًا وهي أقل[٢] من أجرة استعمال تنقص من العين، ولو كان للمغصوب منافع ضمن أغلاها أجرة، ولا يجب أجرة الكل.

فرع: إذا كانت الأجرة في مدة الغصب متفاوتة فبم يضمن؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد: أضعفها: أنها [تضمن][٣] بالأكثر في جميع المدة [أيضًا][٤].

وأظهرها: أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه.

والثالث: أن الأمر كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل، وإن كانت في الأول أكثر ضمنها بالأكثر في جميع المدة؛ لأنه لو كان المال في يده فربما أجره بها في جميع المدة[٥].

---

(١) سقط في د.

(٢) في أ: أولى.

(٣) سقط في ج، د.

(٤) سقط في ج، د.

(٥) قوله: فرع: إذا كانت الأجرة في مدة الغصب متفاوتة فبم يضمن؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد، أضعفها: أنه بالأكثر في جميع المدة.
وأظهرها: أنه يضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه.
والثالث: أن الأمر كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل، وإن كانت في أول المدة أكثر ضمنها بالأكثر في جميع المدة؛ لأنه لو كان المال في يده لربما أَجَّرَه بها في جميع المدة. انتهى كلامه.
وحاصله: أن المسألة منقولة، وأن الأصحاب مختلفون فيها على ثلاثة أوجه، وأن الهروي نقلها عنهم، وليس كذلك؛ بل صرح الهروي بأن المسألة ليست منقولة، وبأن الثلاثة المذكورة إنما هي تقسيمات لما يمكن الذهاب إليه، غير أنه عبر عنها بالأوجه؛ فإنه ذكر هذه المسألة في كتاب «الإشراف» بعد أوله بدون كراس، فقال ما نصه: ومنافع المغصوب عنده مضمونة على الغاصب، بخلاف قول أبي حنيفة، والاعتبار في ضمانها - وهو أجر المثل - بماذا؟ لم يتعرض أصحابنا لهذه المسألة، والقياس أن يقال: إن اختلف السعر في مدة الاغتصاب، وكان غلاء السعر في النصف الأول من المدة، والرخص في النصف الثاني، وصورته في النصف الأول أجرة المثل درهمان، وفي النصف الثاني: أجرة المثل درهم - فعليه ثلاثة دراهم. وذكر المصنف - يعني: أبا عاصم العبادي - في «أدب القضاء» أن الاعتبار بيوم الأخذ: فإن فسر الأخذ باستيفاء المنافع فهو ما بينا، وإن فسر الأخذ بقبض العين فيمكن تصحيحه، وهو أن يقال: إذا كان الغلاء =

فرع: إذا غصب قميصًا قيمته عشرة؛ فأبلاه بالاستعمال إلى أن عاد إلى خمسة، ثم زاد السعر فعادت القيمة إلى عشرة.

قال ابن الحداد: يقوم ملبوسًا في [هذا الوقت][(١)] وغير ملبوس، ويلزمه ما بين القيمتين وهو عشرة في هذه الحالة.

قال القاضي أبو الطيب، وغيره: هذا ليس بصحيح، وإنما يلزمه مع رده خمسة، وهو الذي نقص باللبس؛ لأن زيادة السعر بعد [التلف][(٢)] لا اعتبار به.

قال[(٣)]: **وإن كانت جارية فوطئها مُكرَهَة ضمن مهرها**؛ لأنه أتلف منفعة متقومة بعدوان، وهو من أهل وجوب ضمانه فشابه ما لو قطع يدها، ولأن منفعة البضع تضمن بالعقد الفاسد فضمنت بالإتلاف على وجه التعدي؛ كالأعيان[(٤)] بل[(٥)] أولى؛ لأن المنكوحة نكاحًا فاسدًا عاصية، وهذه ليست بعاصية، والمنكوحة ممكنة والمغصوبة مستكرهة، وهكذا الحكم فيما لو طاوعته جاهلة بالتحريم، مع كونها قريبة عهد بالإسلام وقد نشأت في برية[(٦)].

وحكى الطبري أن الصبية التي لا تشتهى مثلها إذا زنا بها؛ لا يضمن مهرها، ويضمن أرش بكارتها إن أزالها، وعلى الأول إن كانت ثيبًا، فالواجب مهر [ثيب][(٧)]، وإن كانت بكرًا ففي الرافعي حكاية وجهين:

أحدهما: أن الواجب مهر ثيب وأرش البكارة، وادعى أنه المرجح وهو الذي أورده الغزالي في باب الديات، وينسب إلى النص.

والثاني: مهر بكر، والذي جزم به القاضي أبو الطيب أنه يجب[(٨)] مهر بكر

= في الشطر الأول من المدة، والرخص في الشطر الثاني - يقوم بسعر الشطر الأول من المدة؛ لأن توقع الموجود في منافع الشطر الثاني من المدة يسد مسد نفس الوجود؛ ولهذا المعنى انعقدت الإجارة على جميع منافع المدة؛ فيمكن أن يقال: لولا الغصب الحاصل لعقَدَ المالك على جميع منافع المدة في وقت الغلاء. ثم قال: وأما إذا كان الرخص في الشطر الأول من المدة، والغلاء في الثاني - فلا يمكن تغليب أحدهما، إلا أن يظن ظان ظنا ضعيفًا فيغلب الأخير. ثم قال: وهذا أضعف الوجوه الممكنة. هذا لفظه؛ فعلم بذلك أنه أراد التقسيم الممكن؛ فإن الأخير لا يمكن القول به، وأن الثاني يمكن أن يقال به، وأن الأول هو القياس. [أ و].

(١) في جـ: هذه. ثم بياض.
(٢) سقط في أ.
(٣) في جـ: قلت.
(٤) في جـ: كالإعتاق.
(٥) في جـ: و.
(٦) في أ: بادية.
(٧) سقط في أ.
(٨) زاد في أ: فيه.

وأرش البكارة، كما ذكره الشيخ في البيع الفاسد؛ لوجوبهما بسببين مختلفين، ونقله القاضي الحسين أيضًا.

وذكر أن الشافعي نص على مثله في نظير المسألة في عيون المسائل، ثم قال: والذى عندي أنه يجب مهر مثلها بكرًا.

قال الرافعي: [بناء](١) على ما حكاه.

فإن قلت: هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا؟ فإن اختلف وجب أن يقطع بوجوب الزائد؛ لأن بناء أمر الغاصب على التغليظ، وإن لم يختلف فلا فائدة للوجهين.

فالجواب أنه إن اختلف المقدار فالوجه ما ذكرته، وقد أشار إليه الإمام، وإن لم يختلف فللوجهين فوائد:

منها: ما يظهر في المسألة التالية لهذه.

قال: وإن طاوعته أي وعلمت بالتحريم لم يلزمه على ظاهر المذهب؛ لما روى مسلم عن ابن مسعود أن رسول الله ﷺ - نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغيِّ وحلوان الكاهن(٢).

والبغيُّ بالتشديد: المرأة الزانية.

قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَتْ أُمُّكِ بَغِيًّا﴾ [مريم: ٢٨].

وحلوان الكاهن: ما يأخذه على تنجيمه وكهانته.

قال: وقيل يلزمه؛ لأن المهر حق للسيد(٣) فلا يسقط ببذل الأمة، وهذا قول ابن سريج كما حكاه الماوردي، ولا خلاف في أنه إن لم يطأها لا يلزمه المهر؛ لأن منفعته لا تدخل تحت اليد؛ ألا ترى أن السيد يملك تزويجها ولو دخلت تحت يده لما ملكه كما لا يملك إجارتها.

وأيضًا: فإن منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاق للحاجة، وسائر المنافع تستحق [استحقاق](٤) ملك تام(٥)؛ ألا ترى أن من ملك [منفعة بالاستئجار](٦) ملك نقلها إلى غيره بخلاف الزوج.

---

(١) سقط في أ.
(٢) تقدم.
(٣) في أ: السيد.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: بأمر.
(٦) في أ: منفعتها لاستئجار.

ولو وطئت الجارية المغصوبة في يد الغاصب فهل يضمن الغاصب المهر؟ الذي صرح به الماوردي والمتولي وغيرهما عند الكلام فيما إذا وطئ المشتري من الغاصب الجارية المغصوبة - وجوب الضمان.

وروى صاحب التقريب وجهًا: أنه لا يطالب؛ لأن منفعة البضع لم تدخل تحت يده؛ بدليل عدم ضمانها دون إتلافها، وأشار الإمام إلى جريان الوجهين، سواء قلنا: يرجع المشتري على الغاصب بالمهر أم لا.

وقال: [إذا قلنا بعدم الرجوع فظاهر القياس ألا يطالب وغيره محتمل][1] وإذا قلنا: بالرجوع؛ فالظاهر المطالبة لاستقرار الضمان عليه، ومثل هذا الخلاف جارٍ فيما إذا وطئت بالشبهة.

فرع: لو اختلفا في الإكراه فمن القول قوله؟ فيه قولان في الحاوي وقال: ويشبه أن يكونا مبنيين على اختلاف قوليه فيما إذا اختلف رب الدابة وراكبها، ورب الأرض وزارعها.

فرع: إذا تكرر منه الوطء [فهل][2] يجب مهر واحد، أو مهران؟ فيه كلام ستقف عليه في أواخر[3] الصداق.

قال:- **فإن زاد في يده، بأن سَمِنَ أو تعلم صَنعَة، أو ولدت الجارية ولدًا** أي حيًا، إما منه أو من غيره، بنكاح أو زنا، كما صرح به القاضي الحسين، قال: **ضمن ذلك كله** أي عند زواله كما يضمن العين؛ لأنها زيادة حصلت في ملك المغصوب منه، والغاصب مأمور بردها فضمنها؛ كالعين، فإذا كانت قيمته قبل السمن وتعلم الصنعة مائة وبعدها ألفًا ثم هزل ونسي الصنعة [فعاد إلى مائة، ردها][4] وتسعمائة، وهكذا الحكم فيما لو غصب [سمينا، أو عارفا][5] بصنعة قيمته ألف فرده بعد زوال السمن ونسيان الصنعة وقيمته مائة، ولو لم تنقص قيمته[6] بالهزال، بأن كان سمينًا مفرطًا فلا يضمنه بخلاف ما لو خصي[7] العبد وزادت قيمته.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: آخر.
(٤) في أ، د: رده.
(٥) في ج: سمسما أو عاريًا.
(٦) في أ: القيمة.
(٧) في أ: غصب.

قال القاضي أبو الطيب، والمتولي: لأن الشرع قدر بدله فضمنه، والسمن لم يقدر بدله فكان المرجع[١] فيه إلى ما ينقص [ولا نقص][٢].

أما لو[٣] وضعت الولد ميتًا فوجهان:

أحدهما: - وهو ظاهر النص [أنه يضمنه، ويحكى عن الأنماطي وأبى الطيب بن سلمة، [واختاره القفال][٤].

والثاني: - لا، وهو الذي صححه الماوردي، وجعله الإمام المذهب، وبه قال ابن أبي هريرة، وأبو إسحاق وحملا النص على ما إذا ألقته حيًّا، ثم مات، ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتًا. وعلى ظاهر النص][٥] نوجب قيمة الولد حالة الانفصال لو[٦] كان حيًّا، وخرَّج الإمام وجهًا في ولد الجارية أنه يضمنه بعشر[٧] قيمة الأم، ولا يخفى أن محل ما ذكرناه في الجارية إذا كان الواطئ عالـمًا بالتحريم، أما إذا كان جاهلًا بتحريم الوطء فلا شيء عليه بسبب الولد؛ لأنه ينعقد حرًّا، والحر لا تثبت عليه اليد، وإنما يضمن بالحيلولة دون الوضع، ولا حيلولة بخلاف ما لو كان عالـمًا؛ فإنه ينعقد مملوكًا: كذا فرق[٨] به المحاملي.

وفي التتمة حكاية وجه: أنه يضمن في صورة الحمل، وقد ذكرت في آخر باب ما يجوز بيعه شيئًا يتعلق بهذا الموضع، فليطلب منه.

فرع: لو غصب جارية مهزولة هزالًا حسنًا فسمنت في يده ونقصت قيمتها ردها.

قال الطبري: - ولا يجب عليه شيء؛ لأنه لم يحصل بها نقص في الخلقة، ولا من جهة العرف والعادة.

وقال: لو غصب جارية ناهدة الثديين فسقط ثدياها ونقصت قيمتها بذلك، أو غلامًا أمرد فالتحى في يده، ونقصت قيمته بذلك، كان عليه الأرش، ويلتحق بذلك بياض اللحية؛ كما ذكره ابن الصباغ.

---

(١) في أ: المرجوع.
(٢) سقط في أ.
(٣) في د: إذا.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: أو.
(٧) في د: بغير.
(٨) في أ: صرح.

فرع: لو غصب بقرة فتبعها الفحل، أو غصب الهادي فتبعه القطيع؛ ضمِن الكل على أحد الوجهين في تعليق القاضي الحسين.

قال: - وإن سمن ثم هزل ثم سَمِن [ثم هزل][١] **ضمن أرش السمنين**؛ لأن الثاني غير الأول، فهو كزيادة جنس آخر.

وطريق التقويم على هذا: أن يقوم سمينًا، فإذا قيل: مائة - قوِّم مهزولًا [بالهزال الأول][٢]، فإذا قيل: خمسون [وجب خمسون][٣]، ثم يقوم بالسمن الثاني، فإذا قيل: مائة وخمسون قوِّم مهزولًا[٤] فإذا قيل: خمسون - وجبت مائة، فيكمل للمغصوب منه مائة وخمسون.

قال:- **وقيل: يضمن أكثرهُما قيمة** لأن النقصان الأول ذهب في[٥] يده ثم زال من الوجه الذي ذهب فوجب ألا يضمنه[٦]، كما لو أبق العبد ثم عاد وجنى على عين فابيضت ثم زال البياض، وهذا قول ابن أبي هريرة، فعلى هذا يضمن في مثالنا القيمة الثانية، ولو انعكس المثال كان الواجب عليه مائة أيضًا، لكن خمسون عن الأول؛ فإنه لم يتخير ما يقابله، وخمسون عن الثاني، والصحيح هو الأول وهو قول أبي سعيد الإصطخري؛ لأن السمن الثاني غير الأول وقد حصل في ملك المالك فلا يسقط ما وجب [عليه][٧] بالأول، وهو أيضًا قد زال فوجب ضمانه، وبه قطع صاحب التلخيص، وبنى القاضي أبو الطيب الخلاف على القولين فيما إذا قلع سن كبير فعاد، وضعف المتولي هذا البناء بأن عَوْد سن الكبير نادر، وعود السمن غير نادر، وهو بعود سن الصغير أشبه، والوجهان يجريان فيما إذا نسي المغصوب الصنعة، ثم تذكرها، أو تعلمها، واختيار الشيخ أبي حامد عدم الانجبار[٨]، ورأى ابن سريج مقابله.

ومنهم من قطع به، وقد اختاره القاضي أبو الطيب في شرح المولدات، وكذلك ابن الصباغ وصاحب المرشد.

والفرق: أن السمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان، وتذكُّر

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: من.
(٦) في أ: يضمن.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: الإيجاب.

الصنعة لا يعد في العرف شيئًا متجددًا، ويجريان أيضًا فيما لو كسر الحلي أو الأواني [المغصوبين][(١)]، ثم أعاد تلك الصنعة المباحة.

فروع:

لو[(٢)] زادت قيمة الجارية بتعليم الغناء ثم نسيته، نقل الروياني عن النص أنه لا يضمن النقصان؛ لأنه محرم.

وعن بعض الأصحاب: أنه يضمن؛ ولهذا لو قتل عبدًا مغنيًّا [فإنه][(٣)] يغرم[(٤)] تمام قيمته، ثم قال: وهو الاختيار.

وحكى في موضع آخر من البابِ [الأولَ][(٥)] عن العراقيين، والثاني عن بعض الخراسانيين وقال: إن الأول أظهر.

قلت: وهو الأظهر ودعوى القائل الثاني أن العبد المغني إذا قُتِل يضمن قيمته مغنيًّا - ممنوع، بل قد جزم الإمام في كتاب النكاح متصلًا بباب الأمة تغر من نفسها أنه لو أتلف جارية مغنية لم يضمن إلا قيمة مثلها لو كانت لا تحسن الغناء، والله أعلم.

لو مرض العبد المغصوب ثم برئ وزال[(٦)] [أثر][(٧)] المرض [وردَّه][(٨)] فلا شيء عليه بسبب ذلك؛ كما قاله ابن أبي هريرة.

وحكى الماوردي عن الإصطخري: أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض ولا يسقط عنه بالبرء.

وقال: إنه الأشبه بأصول الشافعي، وما ذكرناه[(٩)] يجري فيما لو رده مريضًا ثم برئ.

لو غصب شجرة فسقط ورقها، ثم أورقت، أو شاة[(١٠)] فجزَّ صوفها، ثم نبت، يغرم الأول [قطعا][(١١)] ولا ينجبر بالثاني، بخلاف ما لو سقط سن الجارية

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: إذا.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: تلزمه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في جـ: فزال.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ، د: ذكراه.
(١٠) في أ: بهيمة.
(١١) سقط في أ.

المغصوبة ثم نبت، أو تمعَّط شعرها ثم نبت حيث يحصل به الجبر.

قال في التهذيب: لأن الورق والصوف متقوّمان فغرمهما، وسن[١] الجارية وشعرها غير متقومين[٢]، وإنما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدهما وقد زال.

تنبيه: هزل بضم الهاء وكسر الزّاى؛ يقال: هزلت تهزل مثل علفت تعلف. هزالًا بضم الهاء [وهى مهزولة][٣] وهزلتها هزلًا؛ كضربتها ضربًا.

قال: وإن خلط المغصوب بما لا يتميز؛ كالحنطة إذا خلطها بالحنطة والزيت بالزيت، فإن كان مثله أي في القيمة لزمه مثل مَكِيلَته منه، لأنه قادر على بعض عين ماله عاجز عن البعض، فهو كمن غصب [منه][٤] صاعان فتلف أحدهما، وهذا ما ذهب إليه [ابن سريج][٥]، وأبو إسحاق، وابن أبي هريرة، والمنصوص أن للغاصب أن يدفع إليه من غيره، وهو الصحيح في تعليق القاضي أبي الطيب كما ذكرناه في [باب الفلس][٦]، وادعى الإمام أن بعضهم جزم به، وهو ما اختاره في المرشد،

ووجهه: أنه لا يقدر على رد العين؛ فجاز أن يدفع إليه مثلها كما لو هلكت، والصحيح في ابن يونس وغيره الأول؛ لأن جعل مال الغاصب كالهالك أولى من جعل مال المغصوب منه كذلك لتعديه، وقد امتنع ذلك فليمتنع الآخر من طريق الأولى.

قال: وإن خلطه بأجود منه فهو بالخيار بين أن يدفع إليه[٧] مكيلته[٨] منه؛ أي ويجبر المغصوب[٩] منه على الأخذ؛ لأن بعضها عين [حقه، وبعضها خير مما فات عليه][١٠].

قال: وبين أن يدفع إليه مثل ماله [لأن الخلط][١١] جعله كالتالف دليله أنه لو انثالت[١٢] صبرة طعام مبيعة على أخرى قبل القبض - حكم بانفساخ العقد كما لو تلفت.

---

(١) في د: وبين.
(٢) في أ: متقوم.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: التفليس.
(٧) زاد في أ: مثل.
(٨) في التنبيه: مكيلة.
(٩) في أ: المأخوذ.
(١٠) في أ: ما فاته وبعضها على حقه.
(١١) في أ: لأنه.
(١٢) في ج: انهالت.

وإذا كان كالتالف وجب رد بدله، وهذا ظاهر النص، فعلى هذا يملك الغاصب المغصوب، وهو مخالف لأصول الشافعي.

قال: وقيل: يجبر على الدفع إليه منه؛ لأن اكتساب المغصوب صفة الجودة بالخلط لزيادة متصلة حصلت في يد الغاصب، وهي لا تمنع الرد فكذلك هاهنا[١]، وهذا ما ادعى الإمام أن في كلام العراقيين رمزًا إليه، وأنه متجه، وفي المسألة قول آخر: أن المختلط يصير مشتركًا بينهما [بالنسبة، فإذا كانت قيمة المغصوب درهمًا، وقيمة ما خلط [به][٢] درهمين - كان المخلوط[٣] بينهما][٤] أثلاثًا، وهو مخرَّج من قول نص [عليه][٥] الشافعي في التفليس، في نظير المسألة مع قول آخر [موافق][٦] لما نص عليه هاهنا إلحاقًا للخلط بالصبغ، وبما لو اختلطا من غير فعل، وجعل الإمام والمتولي هذا القول أظهر، والأول هو الأظهر عند الأكثرين.

ومنهم من قطع به، وفرق بأنه إذا لم تثبت الشركة هناك لا يحصل للبائع تمام حقه[٧]، بل يحتاج إلى المضاربة، وهاهنا يحصل للمالك تمام البدل، ثم على القول المخرج يباع المختلط[٨]، ويقسم الثمن على نسبة الملكين؛ فإن جاء ما يخص المالك من الثمن [قدر][٩] حقه لم يبق [له][١٠] طلب، وإن كان أقل من حقه كان له بقيته[١١] ودخل النقص على الغاصب.

قال مجلي، والشيخ في المهذب: لأنه نقص بفعله.

وقال الماوردي الأمر كذلك إلا أن يكون النقص لرخص[١٢] السعر فلا يضمنه، ولو أراد قسمة[١٣] المخلوط على نسبة التقويم، فالظاهر أنه لا يجوز [وهو قول أبي إسحاق][١٤] لأنه يكون أخذًا لثلثي[١٥] صاع لجودته في مقابلة صاع، وهو ربا.

---

(١) في أ، د: هذا.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: المختلط.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: حصته.
(٨) في أ: الثمن.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في جـ: نفسه.
(١٢) في أ: بنقص.
(١٣) في أ: قيمة.
(١٤) سقط في جـ.
(١٥) في أ: ثلثي.

وعن رواية البويطي: أنه يجوز[(١)]، وبنى ذلك على أن القسمة إفراز حق لا بيع[(٢)].

وقد حكيت مثل هذا الخلاف في مسألة المفلس[(٣)]، وضعف المتولي هاهنا هذا البناء؛ لأن[(٤)] [القسمة إنما[(٥)] تكون إفراز حق إذا كان أحدهما لا يرد على الآخر من ماله شيئًا في مقابل زيادة][(٦)] يستوفيها، وهنا[(٧)] المالك يزيل ملكه عن ثلث صاع فيما يحصل [له][(٨)] من الجودة في ثلثي صاع.

قال: وإن خلطه بأردَأ منه فالمغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ حقه منه وبين أن يأخذ مثل ماله؛ لأن بكل منهما يندفع الضرر عنه، فعلى هذا إذا اختار أخذ حقه منه هل[(٩)] يرجع بأرش النقص الذي دل عليه كلامه في المهذب؟ لا، فإنه قال: إذا امتنع الغاصب من الدفع أجبر عليه؛ لأنه رضي بأخذ حقه ناقصًا،

---

(١) قوله: وإن خلط المغصوب بما لا يتميز كالحنطة بالحنطة، والزيت بالزيت - فإن كان مثله لزمه بقدر حقه من المخلوط، وإن خلطه بأجود، كما إذا كانت قيمة المغصوب درهمًا، وقيمة المخلوط به درهمان - كان للغاصب أن يعطيه من غيره.
وفيه قول: أن المختلط يصير مشتركًا بينهما بالنسبة؛ فيكون المخلوط بينهما أثلاثا في مثالنا: ثلثه للمغصوب منه، وثلثاه للغاصب، فيباع المختلط، ويقسم الثمن على نسبة المِلْكين.
ثم قال: ولو أرادا قسمة المخلوط على نسبة القيمة؛ فالظاهر: أنه لا يجوز؛ لأنه يأخذ ثلثي صاع لجودته في مقابلة صاع، وهو ربًا، وعن رواية البويطي: أنه يجوز. انتهى كلامه.
واعلم أن البويطي لم ينقل هذا النص في الغاصب؛ وإنما نقله في المفلس، فقال حاكيًا عن الشافعي ما نصه: ومن باع شيئًا مما يكال أو يوزن، مما يؤكل أو يشرب، مما يختلط بعضه ببعض ولا يتميز، مثل الحنطة والزيت وما أشبههما، فخلطه المشتري بسلعة أخرى، ثم أفلس، مثل: أن يعطيه مد حنطة قيمته درهمان، فيخلطه بمد قيمته أربعة - فالبائع مخير: إن شاء أخذ ثلثي المد ليس له إلا ذلك لجميع حقه؛ لأنه لا يصلح أن يأخذ تمام المد لجودة طعام صاحبه الذي خلطه بطعامه، ولا يجوز له أن يرجع بثمن ثلث المد الذي بقي له؛ لجودة ما أخذ على طعامه. وإن شاء ترك، وضرب مع الغرماء. وكذلك الزيت والسمن والتمر وكل شيء مثله. هذا لفظ البويطي، ومنه نقلت، وليس في كتابه غير ذلك، والسبب في وقوع هذا الوهم لمن وقع له: أن القاضي الحسين والإمام لما تكلما على التفريع على إلحاقه بالمفلس في كونه شريكا، ذكر حكم المفلس، وذكر هذا النص؛ فتوهم الرافعي والمصنف أنه محكي هنا، وهما معذوران في هذا الوهم، قال في «المطلب»: وقد أثبت غيرهما في الغاصب وجهين؛ أخذًا من النصين في مسألة المفلس، قال: وهو التحقيق. [أ و].

(٢) زاد في جـ: فيه.
(٣) في أ: الفلس.
(٤) في د: بأن.
(٥) في أ: لا.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ: هناك.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: فهل.

وكذلك كلام الماوردي فإنه قال: يكون مسامحًا بالجودة، والذي صرح به في الذخائر والتتمة وغيرهما: نعم.

وقيل: لا يجبر الغاصب على الدفع إليه منه؛ لما ذكرناه من أنه صار كالمستهلك، وهذا ما حكاه البندنيجي.

وقال الإمام: إنه ظاهر النص، وحكي [عن][١] بعضهم القطع به.

وقيل: يصير المخلوط شركة بينهما، فإذا كانت قيمة المغصوب درهمين، وقيمة المخلوط [به][٢] درهمًا - كان بينهما أثلاثًا فيباع ويسلم للمغصوب منه الثلثان فإن [نقص ما أخذه][٣] عن قيمة ماله أخذه من مال الغاصب، فلو أراد قسمته[٤] بالنسبة][٥] [فمنهم من][٦] خرجه على الخلاف [السابق][٧] فيما إذا[٨] خلط بالأجود، ومنهم من قطع بالمنع؛ لأنه يمكن الرجوع إلى صاع منه مع الأرش، فلا حاجة إلى احتمال [القسمة المشتملة على التفاضل][٩].

واعلم أن ابن يونس قال، بعد حكاية القول المخرج في مسألة الخلط بالأجود [أنه][١٠] جار فيما [لو][١١] خلطه بمثله أو أردأ منه.

وقيل: يختص القول بالأجود، وما ذكره من جريانه في الأردأ ظاهر.

وأما جريانه فيما إذا كان الخلط بالمثل فهو عين[١٢] ما حكاه الشيخ، فإن القائلين به كما حكاه الإمام وغيره قالوا: حق المالك مختص بهذا المخلوط، ولا يتعداه، وسبيل الوصول إليه أن يسلم إليه مثل مكيلته[١٣] من هذا المخلوط، وهو[١٤] موافق لما حكيناه في باب التفليس في نظير المسألة إذا أثبتنا للبائع الرجوع، وكلام ابن يونس يوهم أنه غير ما حكيناه[١٥] للشيخ، وقد حكيناه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: قبضه.
(٤) في أ: قيمته.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: فقيمة من، و د: فإنه.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: لو.
(٩) في ج: القيمة على التفاضل.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في د.
(١٢) في أ: غير.
(١٣) زاد في أ: وثمنه، وزاد في ج، د: وزنته.
(١٤) في د: هذا.
(١٥) في ج، د: حكاه.

ثم على هذا القول أن البائع لو طلب بيع المخلوط وقسمته، هل يجبر عليه المفلس؟ فيه وجهان.

ويظهر جريانهما هاهنا.

قال: **وإن خلط الزيت بالشَّيْرج** - أي بفتح الراء - **وتراضيا على الدَّفع منه - جاز**؛ لأن الحق لهما ولا[1] يعدوهما.

قال: **فإن امتنع أحدهما لم يجبر الممتنع**؛ لأنه لا يُلزم الغاصب ببدل ما لا يجب عليه، ولا المغصوب منه بقبول ما لم يجب له، فعلى هذا يكون كالمستهلك.

قال البندنيجي وجهًا واحدًا: فيغرم للغاصب مثل الذي غصبه منه.

وقيل بجريان القول المخرج [هاهنا][2] أيضًا وهو ما اختاره المتولي، وقال: إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن - جاز، [وإن أرادا قسمته جاز][3] وكأن المغصوب منه باع ما يصير في يد الغاصب من المغصوب بما يصير في يده من مال الغاصب، وغير المتولي اقتصر على حكاية بيع المخلوط وقسمة ثمنه على قدر القيمتين.

وحكى الماوردي فيما إذا طلبا القسمة على نسبة القيمتين وجهين، ينبنيان[4] على أن القسمة بيع، أو إفراز، فعلى الأول لا يجوز، وفيه نظر.

فروع:

خلط الخل بالخل، واللبن باللبن، كخلط الزيت بالزيت، وخلط الدقيق بالدقيق، كخلط الحنطة بالحنطة إن قلنا: [إن][5] الدقيق مثلي كما صار إليه ابن سريج، وإن قلنا: إنه متقوم كما صار إليه أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، فإن قلنا: إن المخلوط كالهالك، فالواجب القيمة، وإن قلنا بالشركة، فيباعان ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين، فإن أراد قسمة عَين الدقيق على نسبة القيمتين، فهو على ما ذكرناه في قسمة الزيت إن جعلناها إفرازًا جاز، وإن جعلناها بيعًا لم يجز؛

(١) في أ: فلا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: مبنيان.
(٥) سقط في ج.

لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز، بخلاف بيع الزيت بالزيت، والحنطة بالحنطة.

ولت السَّويق بالشيرج، حكى البندنيجي والإمام عن الأصحاب إلحاقه بخلط الزيت بالشيرج، واستبعده، وقال: إنما هو كصبغ الثوب، ولو كان المغصوب دراهم فخلطها بمثلها ولم تتميز جزم ابن الصباغ بالشركة.

وحكى صاحب البحر فيما إذا خلطها بدراهم لغيره وجهين: -

أحدهما: تقسم بينهما.

والثاني: - هما بالخيار بين القسمة والمطالبة بالمثل، كما لو كانا[(١)] مختلفين.

قال: **وإن أحدث فيه عينًا بأن كان ثوبًا فصبغه، فإن لم تزد قيمتهما ولم تنقص**؛ أي: مثل إن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ خمسة، فبلغت قيمته مصبوغًا خمسة عشر.

قال: **صار الغاصب شريكًا له بقدر الصبغ**؛ أي: هذا بثوبه، وهذا بصبغه كما نبه عليه البندنيجي والروياني فيباع ذلك، ويقسم الثمن عليهما بالنسبة لتعين ذلك طريقًا لدفع[(٢)] الضرر عنهما، فإن الصبغ عين انضمت إلى عين الثوب؛ فلا يمكن تفويتها عليه، كما لو غصب طعامًا فخلطه بطعام آخر، فلو امتنع الغاصب من البيع عند طلب المالك. جزم القاضي الحسين والإمام بعدم إجبار واحد منهما على البيع عند [عدم][(٣)] إمكان فصل الصبغ؛ لكونه منعقدًا.

وفي المهذب وغيره، أنه يجبر عليه، وكذا لو امتنع المالك عند[(٤)] طلب الغاصب على أحد الوجهين، وهو المختار في المرشد، ومقابله هو الأظهر في الرافعي، وخص الماوردي وجه الإجبار، بما إذا لم يبذل المالك قيمة الصبغ، أما إذا بذلها فلا يجبر [وجهًا][(٥)] واحدًا.

وحكى القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ وجهًا، أن مالك الثوب إذا بذل قيمة الصبغ[(٦)]؛ ليتملكه أجبر الغاصب على قبولها، كما قلنا في المستعير مع المعير، وهذا ما حكاه البندنيجي عن القديم.

---

(١) في د: كانوا.
(٢) في أ: بأن رفع.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ، د: مع.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: الثوب.

قال الرافعي: ولا فرق في جريان هذا الوجه بين أن يكون الصبغ مما يمكن فصله أم لا.

وحكى البندنيجي قولًا آخر عن القديم، أن [مالك الثوب][(١)] إذا أراد أخذه مصبوغًا من غير أن يضمن للغاصب قيمة الصبغ؛ كان له، كما لو كان الثوب خامًا فقصره.

قال ابن الصباغ: وهذا مرجوع عنه.

وحكى الإمام عن رواية صاحب التقريب هذا القول في [حال][(٢)] إمكان فصل الصبغ، وعدم إمكانه، لكنه قيد حالة إمكان الفصل بأن يكون المفصول لا قيمة له، ثم قال: وهذا الذي ذكره في الصبغ الذي [يمكن][(٣)] إزالته في نهاية البعد، فإنه إن تخيل متخيل مشابهة الصبغ المعقود [فهو][(٤)] [مما][(٥)] يمكن فصله بعيد.

قال: فإن[(٦)] **أراد الغاصب قلع الصبغ، لم يمنع**؛ لأنه عين ماله فمكن من أخذه، كما لو غرس في أرض مغصوبة، ثم [رام][(٧)] قلع غراسه.

وقيل: إن نقص القلع[(٨)] قيمة الثوب لم يمكَّن منه، وإن كان يضمن النقص؛ لأن فيه تسليط عرف ظالم على تنقيص ملك الغير.

قال: **وإن أراد صاحب الثوب قلع الصبغ، وامتنع الغاصب؛ أجبر عليه**، كما يجبر على قلع النخل إذا غرسها متعديًا في الأرض المغصوبة؛ وهذا قول أبي إسحاق، وابن خيران وصححه البغوي[(٩)]، والماوردي قال: وقيل: لا يجبر، وهو الأصح؛ لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به إلى ذلك؛ لأنه يمكنه[(١٠)] أن يستوفي حقه بالبيع، فلا يجوز أن [يستوفي بتلف][(١١)] مال الغير، ويخالف الغراس؛ لأنه لا يتلف بالقلع، وأيضًا فالأرض تعود إلى حالها، والثوب لا يعود، وضرر الغراس لم[(١٢)] يستقر؛ لأنه[(١٣)] يزيد، وضرر الصبغ مستقر، [وهذا][(١٤)]

---

(١) في أ: المالك.
(٢) سقط في جـ.
(٣) زاد في د: يمكن.
(٤) في أ: بالسمن كهو.
(٥) في جـ: من ما، و د: فيما.
(٦) في جـ: فإذا.
(٧) سقط في أ.
(٨) في د: الصبغ.
(٩) زاد في جـ: والنواوي.
(١٠) في أ: لا يمكنه.
(١١) في د: يتلف.
(١٢) في د: لا.
(١٣) في أ: لا.
(١٤) سقط في جـ.

[هو][(١)] قول أبي العباس، وعامة الأصحاب، كما حكاه القاضي الحسين، ومحل الخلاف عند الماوردي، إذا كان الصبغ قد أحدث زيادة تفوت [باستخراجه الصبغ منه][(٢)].

[أما إذا لم يكن الصبغ قد أحدث زيادة تفوت بالاستخراج؛ أجبر على استخراجه ونقص الثوب بعده][(٣)].

وحكى مجلي عن العراقيين، أن محله إذا نقصت قيمة الصبغ بالقلع، أما إذا لم تنقص أجبر قولًا واحدًا، كما جزم به [المراوزة في الحالتين][(٤)].

وحكى عن ابن سريج - أيضًا - أن فصل الصبغ إن كان بصنعة، أو لا [تفي قيمته][(٥)] بما يحدث في الثوب من [نقصان بسبب الفصل][(٦)] فلا يجبر عليه.

فرع: إذا نقصت قيمة الثوب في حال الصبغ بالقلع، كان ذلك على الغاصب، ولو كان الثوب قيمته عشرة، والصبغ قيمته[(٧)] خمسة، فصارت قيمتهما بعد الصبغ ثلاثين، فأجبر الغاصب على قلع الصبغ، فعادت قيمة الثوب إلى عشرة، لا يضمن الغاصب لصاحب الثوب العشرة التي كانت يستحقها، بخلاف ما لو فصله الغاصب مختارًا، فإنه يضمنها، قاله الماوردي، ومجلِّي.

قال: **فإن وهب الصبغ من صاحب الثوب، فقد قيل: يجبر[(٨)] على قبوله[(٩)]**؛ لأنه غير متميز عن الثوب، فأجبر على قبوله كما يجبر الزوج على قبول سِمَن الجارية المصدقة إذا طلق قبل الدخول عند مسامحة الزوجة به، وبالقياس على إجبار البائع على قبول النعل إذا وجد المشتري بالدابة عيبًا، وكان قلعه ينقصها[(١٠)] إذا بدله المشتري.

قال الرافعي: ولو ألحق هذا الوجه بما إذا صبغ المشتري الثوب بما زاد في قيمته، ثم اطلع على عيبه فرده مسامحًا بالصبغ؛ لكان أقرب لما مرَّ من أن الصبغ يصير ملكًا للبائع وأما في مسألة النعل [فإنه يجبر على قبول الدابة، وفي دخول

(١) سقط في أ.
(٢) في جـ: بالاستخراج، وزاد في د: الصبغ منه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في جـ: الماوردي.
(٥) في جـ: بقي.
(٦) في أ: النقص بسبب القلع.
(٧) زاد في د: كما ذكرنا.
(٨) في د: يجبره.
(٩) في التنبيه: عليه.
(١٠) في أ: يعيبها.

النعل][١] في ملكه اختلاف مذكور في موضعه.

قلت: بل الأقرب ما[٢] ذكرناه؛ لأن[٣] مسألة الصبغ التي ذكرها في الرد بالعيب مصورة بما إذا كان الصبغ لا يمكن فصله، والكلام هاهنا في صبغ يمكن فصله أو لا يمكن كما سنذكره، فكان القياس على مسألة النعل أولى؛ لأنه عند إمكان الفصل مشابه له، وعند عدم الإمكان، يثبت هذا الحكم من طريق الأولى، بخلاف ما لو ألحق بالصبغ فإن حالة إمكان انفصال الصبغ هاهنا لا يبقى على الإجبار[٤] فيها دليل، وهذا الوجه حكى البندنيجي أنه ظاهر قوله في الأم، حيث قال: لو[٥] غصب ساجة وشقَّقها[٦] وأصلحها أبوابًا، وسمر فيها مسامير من عنده، ثم رد الأبواب على مالكها، ووهب له [ما][٧] فيها من المسامير؛ لزمه قبوله.

قال: وقيل: لا يجبر، وهو الأصح؛ لأنه عين قابلة الانفصال، فأشبه ما لو كانت منفردة، [و][٨] كما قلنا في النعل[٩] إذا تركها له، فإنه لا يجبر على قبولها، كذا علل به القاضي أبو الطيب، ويخالف مسألة النعل؛ لأن الغاصب متعد، والمشتري غير متعد، ومما قاله القاضي يظهر أن محل الخلاف فيما إذا كان يمكن انفصاله، كما صرح به الماوردي و[كذلك طرده الروياني][١٠] في البحر في هبة المسامير، في الباب الذي اتخذه من اللوح المغصوب، وفي هبة الغراس في الأرض المغصوبة ووافقه في حكاية الخلاف في هبة الأشجار القاضي الحسين، وفي النهاية أن العراقيين قالوا: لا فرق في جريان الوجهين بين أن يكون الصبغ منعقدًا لا يمكن فصله أو يمكن فصله، ولا بين أن تنقص قيمة الصبغ، أو الثوب بالفصل [أم لا][١١]، وإن [كان][١٢] معتمد جريانهما الاتصال، وقيام الصبغ مقام الصنعة، وضعف قولهم.

وحكى طريقين آخرين عن الأصحاب في محل الوجهين يخصهما[١٣]:

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: مما.
(٣) في أ: في.
(٤) في د: الاختيار.
(٥) في د: أو.
(٦) في أ: شقها.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، د: النخيل، وجـ: النخل.
(١٠) في أ: كذا طرده الماوردي.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في أ، جـ.
(١٣) في أ: لخصهما، وفي جـ: يخصهما القاضي.

أحدهما: إن كان الفصل سهلًا، وللمنفصل قيمة معتبرة، أو الصبغ منعقدًا، فلا إجبار[١]، وإن كان للفصل[٢] تعسر؛ بحيث لا تفي[٣] فائدة الفصل باحتماله، أو كان ينقص قيمة المفصول أو الثوب، فهو محل الوجهين.

والثاني: إن كان يحصل منه نقص في الثوب، لا يجبره قيمة المفصول فهو محلهما، وفيما عداه لا يجبر.

فرع: إذا قلنا بالإجبار، فلا حاجة إلى تلفظ[٤] بالقبول، ولا بد من جهة الغاصب من لفظ يشعر بقطع الحق؛ كقوله: أعرضت عنه، أو تركته، أو[٥] أبرأته عن حقي، أو أسقطته، كما حكاه الإمام ثم قال: ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتمليك.

قال: وإن زادت قيمة الثوب والصبغ، أي بسبب ارتفاع سوقهما، أو بسبب العمل، كما صرح به البندنيجي، والقاضي أبو الطيب، وغيرهما.

قال: [كانت الزيادة بينهما]، أما في الحالة الأولى؛ فلأنها زيادة في مال مشترك بينهما، وأما في [الحالة][٦] الثانية؛ فلأنها بفعل الغاصب في ماله، ومال المغصوب منه [حصلت، وكانت زيادة ماله له، وزيادة مال المغصوب منه][٧] له؛ لتعدي الغاصب بالعمل فيه[٨]، والزيادة مقسومة على نسبة قيمة الثوب، والصبغ في الحالة الثانية، فيصرف لصاحب الثوب في مثالنا ثلثاها، وللغاصب ثلثها، وكذا في الحالة الأولى، إن كان ارتفاع السوق فيهما على نسبة قيمتهما بأن بلغت قيمة الثوب خمسة عشر وقيمة الصبغ سبعة ونصفًا، أما إذا بلغت قيمة الصبغ في مثالنا عشرة؛ كانت الزيادة بينهما نصفين، [ولو كانت الزيادة بسبب [ارتفاع سعر الثياب][٩] خاصة كانت الزيادة للمغصوب منه][١٠] وإن كانت بسبب زيادة سعر الصبغ خاصة [كانت][١١] [للغاصب][١٢] كذا[١٣] صرح به القاضي أبو الطيب،

---

(١) في أ: خيار.
(٢) في أ: الصبغ.
(٣) في أ: تبقى.
(٤) في أ: لفظه، وجـ: لفظ.
(٥) في د: و.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في د: به.
(٩) في د: زيادة السعر في الثياب.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: كان، وسقط في جـ.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في جـ: كما.

والبندنيجي، وابن الصباغ، وقال: إن أحدهما لو زاد في هاتين الصورتين بيع ملكه على الخصوص.

قال بعض الأصحاب: ينبني على بيع[1] قطعه من أرض لا ممر لها؛ إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما إلا بالآخر[2]، وهذا عين[3] ما حكاه الإمام، لكنه لم يفرضه في محل الزيادة، بل حكاه في أصل المسألة.

قال الرافعي: والأظهر منهما المنع.

[قال: فإن أراد صاحب الصبغ قلعه لم يجز حتى يضمن لصاحب الثوب ما ينقص[4] من الزيادة؛ لأنه يفوت على صاحب الثوب الزيادة الحاصلة بخلاف ما ذكرناه من قبل؛ حيث لا يمنع إذا لم يكن فيه زيادة فيحصل الفرق بينهما][5].

قال: وإن نقصت قيمة الثوب أي [بصبغه][6] مثل أن[7] صارت اثني عشر **حسب النقصان على صاحب الصبغ**؛ لأن جرم الثوب [باق حقيقة][8] وجرم الصبغ يحتمل أن يكون قد نقص بتبدده[9]، وتفرق أجزائه، ويحتمل أن يكون لأجل اتصال أحدهما بالآخر، وهو من فعل الغاصب فحسب[10] النقص عليه، ولو عادت قيمة الثوب، والحالة هذه إلى عشرة، فلا شيء للغاصب، وليس له الإجبار على البيع، ولا هبة الصبغ؛ لأنه مستهلك، ولو أراد قلع الصبغ كان

---

(١) في أ، جـ: منع.

(٢) قوله: ولو كانت الزيادة بسبب زيادة السعر في الثياب خاصة؛ كانت الزيادة للمغصوب منه، وإن كانت بسبب زيادة سعر الصبغ خاصة كانت للغاصب، كذا صرح به القاضي أبو الطيب والبندنيجي، وابن الصباغ وقال: إن أحدهما لو أراد في هاتين الصورتين بيع ملكه على الخصوص.
قال بعض الأصحاب: يبنى على بيع قطعة من أرض لا ممر لها؛ إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما إلا بالآخر. انتهى كلامه.
وما نقله عن ابن الصباغ في بيع أحدهما ليس له ذكر في «الشامل» بالكلية، وكلام المصنف وإن احتمل عوده على القاضي أبي الطيب فإنه لا يصح أن يجاب به؛ لأنه - أيضا - لم يتعرض للمسألة. [أ و].

(٣) في جـ: غير.

(٤) في أ: نقص.

(٥) سقط في جـ.

(٦) سقط في جـ، د.

(٧) في أ: بإن.

(٨) في جـ: ما في حقيقته.

(٩) في أ، جـ: سدده.

(١٠) في أ: فحمل.

له[١]، أرش النقص.

وقال المزني: لا يقلع؛ [لأنه][٢] لا فائدة في القلع.

قال أبو إسحاق: وهذا خطأ؛ لأنه عين ماله، ومن له عين مال، فله أخذه، انتفع به، أو لم ينتفع به؛ ولأنه ربما ينتفع [به][٣] في ثوب آخر، ولو حصل النقص بسبب سعر الثوب؛ مثل أن عادت قيمته غير مصبوغ خمسة، وقيمته مصبوغًا عشرة، فلا يلزم الغاصب في هذه الحالة شيء، كما صرح به [القاضي][٤] أبو الطيب، وابن الصباغ والإمام، والمتولي، وهذا كله، إذا كان الصبغ [للغاصب، أما إذا كان لصاحب الثوب؛ فإن قيمتهما بعد][٥] الصبغ كما قبله؛ فلا شيء عليه، وإن نقصت.

قال القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ وغيرهما: فالنقص على الغاصب، إلا أن يعلم أن النقصان [لنقصان سعر الثياب أو الصبغ][٦]؛ فإنه لا يضمن؛ لأن نقصان السعر لا يضمنه الغاصب، مع رد العين، وما قالوه ظاهر فيما إذا كان الصبغ مما يمكن فصله [وكذا إذا لم يمكن فصله][٧] وكان سبب النقص نقصان سعر الثياب، أما إذا كان سببه نقصان سعر الصبغ، فينبغي أن[٨] يضمن؛ لأن الصبغ صار كالمستهلك، كما سنقف عليه فيما يحكيه في الفروع من بعد عن الماوردي.

وإذا كان كذلك، فيضمن قيمته أكثر ما كانت من [حين الغصب إلى][٩] حين الصبغ كما حكاه الماوردي، فيما لو كان الصبغ زعفرانًا، بخلاف ما إذا كان النقص بسبب سعر الثوب؛ لأن الثوب غير مستهلك، ولو زادت قيمتهما فالكل له[١٠]، وهل للمالك أن يطالبه باستخراج الصبغ؟

قال الرافعي، والإمام: نعم.

وقال الماوردي: ينظر إن كان له في ذلك غرض[١١]؛ مثل أن يحتاج إلى الصبغ، أو إلى الثوب أبيض[١٢]، أو يكون بعد استخراجه أكثر قيمة، أو في

---

(١) زاد في جـ: ويضمن.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) سقط في د.
(٦) في جـ: لنقص السعر.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في أ: ألا.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ، جـ: لها.
(١١) في جـ: عوض.
(١٢) في جـ: أنقص.

الاستخراج مؤنة يذهب بها شطر قيمته، فله المطالبة، وإن لم يكن له [فيه][1] غرض؛ نظر، فإن لم يستضر الغاصب بنقص [يضمنه في الثوب أخذ باستخراجه، وإن كان يستضر بنقص][2] يحدث فيه فهل يؤخذ باستخراجه، أم لا؟ فيه وجهان كالشجر في الأرض:

أحدهما: نعم، فعلى هذا يضمن ما نقص من القيمة، ولا يضمن زيادة إن كانت قد حدثت بالصبغ، ولو طالبه بغرم النقص من غير استخراج أجيب إليه، ولو كان الصبغ لثالث، فإن كانت قيمتهما بحالهما[3] فهما شريكان، ولا شيء على الغاصب، ويكون الحكم كما لو كان الصبغ للغاصب.

قال في المرشد[4]: إلا أنه إذا أراد صاحب الصبغ قلعه، فقلعه، ونقصت قيمة الثوب، كان النقصان على الغاصب.

وقال الماوردي: إذا كان[5] قيمة [الصبغ، والثوب عند الصبغ وبعده[6] متساوية، وبذل رب الثوب لرب الصبغ قيمته][7] أجبر على قبولها؛ لأنه لا يقدر على عين ماله؛ [لأنه صار][8] مستهلكًا في الثوب، وإن رب الصبغ لو بذل قيمة الثوب قيل له: أنت مخير بين أخذها، وبين بذل قيمة الصبغ، ولو زادت قيمتهما كانت الزيادة بينهما، وإن نقصت القيمة، فإن كان لنقصان سعر الثياب؛ كان من صاحب الثوب وإن كان [لنقصان قيمة الصبغ كان النقصان محسوبًا على صاحبه، ويرجع به على الغاصب وكذا لو][9] كان النقصان للعمل، صرح به[10] في المرشد، وفيما قاله نظرٌ من وجهين:

أحدهما: - [أنه حكي][11] أن النقص بسبب نقص [سعر الصبغ][12] من ضمان الغاصب، وهو مخالف لما حكاه[13] فيما إذا كان الصبغ لصاحب الثوب، ونقصت قيمته؛ بسبب نقصان قيمة الصبغ، أنه لا يضمن، ولا يظهر بينهما فرق.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في النسخ، وقد تم إثباته من الحاوي (٧/ ١٨٤).
(٣) في أ: بحالها.
(٤) زاد في د: و.
(٥) في أ: كانت.
(٦) في أ: واحدة.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ، د: لكونه.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د: بذلك.
(١١) سقط في ج.
(١٢) في أ: السعر.
(١٣) في أ، ج: ذكرناه.

الثاني: أن قوله: وكذا، لو كان النقصان للعمل؛ فإن النقصان بسبب العمل تارة يستوعب قيمة الصبغ، وتارة لا يستوعبها، وهو فيما إذا لم يستوعبها، [كما][(١)] إذا صارت قيمة الثوب بعد الصبغ اثني عشر - ظاهر؛ لأن أجزاء الصبغ قد تفرقت[(٢)] فأضيف النقص إلى ذلك، على أن الماوردي، والبغوي حكيا فيما إذا كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، وصارت قيمتهما بعد الصبغ خمسة عشر، [أن كلاًّ][(٣)] منهما يرجع على الغاصب بدرهمين ونصف هي[(٤)] نقص ما غصب له، أما إذا استوعب النقص قيمة الصبغ بأن كان الثوب مصبوغًا يساوي[(٥)] عشرة؛ فلا [يظهر][(٦)] لكون[(٧)] جرم الصبغ باقيًا، فكيف يسقط حق مالكه من التعلق به، ويخالف [ما][(٨)] إذا كان الصبغ للغاصب فإنه في هذه الحالة يجعل جابرًا لما نقص من مالية الثوب على أن هذا يوجد جوابه[(٩)] من كلام الإمام، فإنه جزم بأن الريح لو طيرت ثوبًا إلى إجّانة صباغ، فانصبغ بصبغ قيمته خمسة، ولم تزد قيمة الثوب بسببه شيئًا، وكان الصبغ معقودًا لا يمكن فصله، أن حق مالك الصبغ قد حبط[(١٠)]، ومن تعجب من ذلك، فلينظر إلى مسألة المفلس وهي ما إذا اشترى ثوبًا بعشرة، وصبغه بصبغ قيمته عشرة، فإذًا قيمته مصبوغًا عشرة، وقد قال [بعض][(١١)] الأصحاب: إن صابغ[(١٢)] الثوب يرجع فيه، ويستبد به، وإن كان [فيه][(١٣)] عين[(١٤)] الصبغ، وحيث تكلمنا في مسألة طيران الثوب إلى الإجانة [فلنكملها].

قال الرافعي: [ليس][(١٥)] لأحدهما عند بقاء قيمة الثوب][(١٦)] والصبغ أن يكلف الآخر الفصل ولا التغريم[(١٧)] [إن حصل نقص [في أحدهما][(١٨)]][(١٩)] إذ لا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، جـ: تفوت.
(٣) في د: إن كان.
(٤) في أ: وهو.
(٥) زاد في أ: قيمته.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في جـ: يكون.
(٨) سقط في جـ، د.
(٩) في أ: صوابه.
(١٠) في أ: حط.
(١١) سقط في جـ، د.
(١٢) في أ، جـ: بائع.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في جـ: غير.
(١٥) سقط في جـ.
(١٦) سقط في أ.
(١٧) زاد في أ: و.
(١٨) سقط في أ.
(١٩) سقط في جـ.

تعدي، ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة؛ فعلى ما تقدم.

فروع:

لو غصب [منه][١] سمنًا، وعسلًا، ودقيقًا فعصده، قال البندنيجي: إن لم تزد قيمة ذلك، ولم تنقص، أو زادت فالكل للمالك، وإن كان قد نقص واستقر، أخذه وما نقص بالخلط وإن كان غير مستقر، فالحكم كما في الحنطة إذا بلها.

لو كان الصبغ بإذن المالك، وقد حصل به نقص فلا ضمان على الغاصب، فلو أذن له ثم قال: رجعت في الإذن قبل الصبغ وقال الغاصب: بل كنت باقيًا على الإذن إلى حين الصبغ، فمن يقبل قوله منهما؟

فيه وجهان في الحاوي، ولو اختلفا في أن [المصبوغ به][٢] للغاصب أو للمغصوب منه.

قال[٣] الماوردي: [نظر][٤] إن كان مما يمكن فصله، فالقول قول الغاصب [مع يمينه][٥]، وإن كان مما لا يمكن فصله، فالقول قول المغصوب منه [مع يمينه][٦]؛ لأنه [قد][٧] صار مستهلكًا في الثوب، فجرى مجرى أجزائه.

وإذا زوق الدار المغصوبة بما لو نزع لحصل[٨] منه شيء؛ فالحكم[٩] في جواز النزع، والإجبار عليه وعلى قبول هبته كما[١٠] ذكرناه في الصبغ الممكن فصله[١١].

وإن كان التزويق محض تمويه [و][١٢] لا يحصل منه عين لو نزع[١٣]، فليس للغاصب المنع[١٤] إن رضي المالك، وهل له إجباره عليه؟ فيه وجهان:

أصحهما في التهذيب: لا، [وهو الصحيح، والآخر: نعم؛ لأنه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته][١٥].

---

(١) سقط في أ، جـ.
(٢) في أ: المغصوب.
(٣) في أ: وأجاب.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، جـ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) في جـ: يحصل.
(٩) في جـ: والحكم.
(١٠) في أ: ما.
(١١) في أ، د: الفصل.
(١٢) سقط في جـ، د.
(١٣) في أ: غصب.
(١٤) في جـ: النزع.
(١٥) سقط في أ.

قال: **وإن عمل فيه عملًا زادت [به][(١)] قيمته، بأن قَصَّر الثوب، أو عمل من الخشب أبوابًا، فهو متبرع بعمله؛** لأنه لم يأذن له فيه، ولا حق له فيما زاد؛ لكونه حصل بما هو متبرع به، وهكذا الحكم فيما لو غصب غزلًا، فنسجه، أو نُقرة فضربها[(٢)]، أو طينًا فضربه لبنًا، وهل للمالك إجباره على إعادة النقرة كما كانت بسبكها، واللبن طينًا بدقه؟.

قال الإمام: الذي قطع به الأئمة، [أن له][(٣)] [أن يكلفه][(٤)] ذلك، والنظر إلى تتبع الأغراض، فإنها على الجملة ممكنة، وهذا مقطوع به في الطرق.

قال: وفيه تنبيه على أصل، وهو أن من غصب شيئًا على صفة، وغير[(٥)] صفته فهو على حكم هذه القاعدة مطالب برد صفته إذا أمكن.

قلت: وهو موافق لما حكيته عنه فيما إذا [كان الصبغ لمالك الثوب][(٦)] أن له إجباره على فصله مطلقًا، وقد يجري - هاهنا - ما حكيته[(٧)] عن الماوردي من التفصيل، والخلاف في مسألة الصبغ، ويؤيد القول بعدم الإجبار على النزع ما ذكرته عن صاحب التهذيب في آخر الفروع المذكورة من قبل.

قال: **وإن غصب دراهم، فاشترى [بها][(٨)] سِلعة في ذمته، ونَقَد الدَّراهم في ثمنها، وربح - رد مثل الدراهم؛** لأنها من ذوات الأمثال، وقد تعذر ردها، فغرم مثلها.

قال: **وفيه قول آخر، أنه يلزمه ردها مع الربح؛** لأنه مما[(٩)] ملكه [و][(١٠)] في ذلك حسم باب ارتفاق الغاصب بالمغصوب؛ فإنه ربما يتخذ ذلك ذريعة إلى تحصيل الأرباح، وهذا ما علل به الشافعي هذا القول في القديم كما حكاه القاضي أبو الطيب، في كتاب القراض، وحكى أن شيوخنا الخراسانيين[(١١)] مثل القفال، وغيره، بنوه على أن البيع الموقوف يصح عنده، فإن له في البيع الموقوف

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، د: فطبعها.
(٣) سقط في أ.
(٤) في د: تكلفة.
(٥) في أ، جـ: وعين.
(٦) في أ: غصب الغاصب الثوب وصبغه بصبغ مالكه.
(٧) في د: حكيناه.
(٨) سقط في التنبيه.
(٩) في د: لما.
(١٠) سقط في د.
(١١) في أ: العراقيين.

قولين، وإن أبا العباس وأبا إسحاق أنكرا[١] أن يكون له قول بوقف العقود، وأنهما أيَّدا الأول بأنه لم يفصل بين أن يكون التصرف في العين، أو في الذمة، وإنما يتصور الوقف[٢]، إذا كان التصرف بعين المال.

وفي البحر في كتاب القراض: أن بعض أصحابنا قال: إن للشافعي في الجديد قولًا بوقف العقود، وسنعيده في كتاب القراض.

قال: والأول أصح، فإن المشترَى[٣] مضمون على الغاصب؛ لكونه لو تلف تلف على ملكه، فلو كان الربح للمغصوب منه؛ لكان مخالفًا «لنهيه ﷺ عن ربح ما لم يضمن»[٤]، وهذه المسألة تعرف بمسألة البضاعة.

تنبيهان:

كلام الشيخ يقتضي أن [يكون][٥] الربح للمالك [على القديم][٦] من غير تعلقه بإجازة العقد وهو موافق لما حكيناه من تعليل الشافعي، وقد حكاه الإمام عن معظم المحققين، لكنه علله بتعذر البيع وقال: [إن][٧] في كلام القاضي إشارة إليه وهو بعيد، ومعظم أقوال الأصحاب مصرحة بأن المالك بالخيار في الإجازة، ومضمون هذا [أنه][٨] لو[٩] لم يجز، انقلب التفريع إلى قياس القول[١٠] الجديد،

---

(١) في أ: أنكروا.
(٢) في جـ: الموقوف.
(٣) في جـ: المشتر.
(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٠٥) كتاب البيوع، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، حديث (٣٥٠٤)، والترمذي كتاب البيوع، باب: كراهية بيع ما ليس عندك، حديث (١٢٣٤) (٣/ ٥٣٥ ٥٣٦)، والنسائي (٧/ ٢٨٨) كتاب البيوع، باب: بيع ما ليس عند البائع، وابن ماجه (٢/ ٧٣٧) كتاب التجارات، باب: النهى عن بيع ما ليس عندك، حديث (٢١٨٨) (٢/ ٧٣٧، ٨٣٨)، وأحمد (٢/ ١٧٨ ١٧٩)، والدارمي كتاب: البيوع، باب: النهي عن شرطين في بيع، وابن الجارود في المنتقى (٢/ ٢٥٣)، حديث (٦٠١)، والدارقطني (٣/ ٥٧) كتاب: البيوع، والحاكم (٢/ ١٧) كتاب: البيوع، والبيهقي (٥/ ٣٣٩، ٣٤٠) كتاب: البيوع، باب: النهى عن بيع ما ليس عندك، كلهم من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.
قال الترمذي: حسن صحيح.
وقال الحاكم: هذا حديث على شرط جماعة من أئمة المسلمين - صحيح. ووافقه الذهبي.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) سقط في جـ.
(٨) سقط في أ، جـ.
(٩) في جـ، د: إن.
(١٠) زاد في أ: على.

ولو لم يظهر في المال ربح، [فلا مساغ][١] للقول القديم، وليس إلا اتباع القياس، اللهم إلا أن يكثر التصرفات ويعسر تتبعها بالنقض، فإن شيخي قال بجريانها، انتهى.

وكلام الشيخ يقتضي أن[٢] القول القديم [يجري عند][٣] حصول الربح، وإن لم [تكن العقود][٤] بحيث يعسر تتبعها بالنقض.

ومن طريق الأولى: إذا كثرت، وقد حكى الإمام عن بعضهم اختصاصه بما إذا كثرت وعسر التتبع، وكلام [الشيخ][٥] يقتضي: أنه لا فرق في جريانه بين أن ينوي الغاصب عند الشراء أنه ينقد الدراهم في[٦] الثمن، أو يعِنّ له ذلك من بعد.

وقال الإمام فيما إذا عنَّ[٧] له الوفاء منه بعد الشراء: ينبغي أن يخرج من تفريع القديم إن صدقه صاحب الدراهم[٨].

وإن لم يصدقه[٩] فالحكم كما ذكرنا[١٠].

فرع: لو اشترى الغاصب بعين المال شيئًا وباع بيوعًا كثيرة، وعسر[١١] تتبعها بالتقصي؛ فعلى الجديد - العقود باطلة.

وفي[١٢] القديم كما حكاه البندنيجي، وغيره في الوكالة والإمام في القراض، أن رب المال بالخيار بين أن [يجيز البيع، فيكون كل الربح له، وبين أن يبطلها][١٣]، ويكون له بدل ماله، وإيراد الغزالي في أوائل البيوع يوهم أن الخلاف في هذه المسألة في الجديد، وهو ما صرح به الإمام في [آخر][١٤] كتاب الغصب.

قال: وإن غصب شيئًا، وباعه) [أي وقبضه المشتري][١٥]؛ كان للمالك أن يضمن من شاء منهما؛ لثبوت يده على مال الغير من غير استحقاق.

---

(١) في أ: فلا امتناع.
(٢) زاد في أ: يكون.
(٣) في أ: لم يجر عند عدم.
(٤) في أ: تكثر العقود عليه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: و.
(٧) في جـ: عز.
(٨) زاد في د: قال صح العقد للغاصب.
(٩) زاد في د: فتلف على نفي العلم.
(١٠) في جـ: تقدم.
(١١) في أ: ويعسر.
(١٢) في أ: على.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في جـ.
(١٥) سقط في أ.

قال: **وإن علم المشتري بالغصب فضمنه لم يرجع على الغاصب**، أي إذا غرم؛ لأنه غاصب، تلف المال عنده، فاستقر عليه الضمان، كالغاصب من المالك، وله أن يرجع على الأول بالثمن، إن كان قد قبضه منه.

قال: **فإن لم يعلم فما**(١) **التزم ضمانه بالبيع، لم يرجع به** [أي](٢) على الغاصب، كقيمة العين، والأجزاء أي مثل أرش اليد إذا سقطت في يده، أو عن عيب حدث فيها عنده، وغرمه؛ لأنه دخل على ضمان ذلك [بالبدل](٣)، فانتفى التغرير المقتضي وجوب الضمان.

وفي تعليق القاضي الحسين: أن هذا في أرش ما تلف بفعله، أما [أرش](٤) ما تلف بآفة سماوية فقد قال الشافعي: يرجع به على البائع.

وقال المزني: هذا خلاف أصله؛ لأنه [قد](٥) قال: لو تلفت الجملة فغرم قيمتها، لا يرجع، والأجزاء حكمها حكم العين.

وقال ابن سريج: إن قلنا: لا يرجع فالوجه ما ذكره(٦) المزني، أي فتوجيهه ما ذكره المزني، فإن قلنا: لا يرجع على ظاهر النص، فوجهه أن العاقد دخل في العقد على أن يضمن الجملة دون الأجزاء، يدل عليه أن المبيع إذا تعيب في يد المشتري، ثم اطلع البائع على عيب بالثمن، فليس له أن يسترد المبيع مع الأرش، فيرد(٧) الثمن، بل الذي له الفسخ والرجوع بالمبيع، بلا(٨) أرش، أو الرجوع بقيمته، فقد [ذكرت أنا](٩) في باب التحالف شيئًا يتعلق بذلك، ونظائر المسألة؛ فليطلب منه.

فائدة: إذا قيل: إن كلام الشيخ يفهم أن المشتري التزم(١٠) ضمان المبيع بالقيمة، فلذلك لم يرجع بها - فهو(١١) ممنوع؛ بل المشتري إنما دخل على أن يضمن المبيع بالثمن فينبغي إذا كان الثمن ألفًا، والقيمة ألفين، وغيرهما أن يرجع بالألف الزائد(١٢)؛ لأنه لم يلتزمه(١٣).

---

(١) في ج: لما.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: ذكرناه عن.
(٧) في ج: ورد.
(٨) في ج: فلا.
(٩) في أ: ذكرنا.
(١٠) في أ: ألزم.
(١١) في أ: وهو.
(١٢) في د: الزائدة.
(١٣) في د: يلزمه.

قلت: قد حكى هذا صاحب رفع التمويه على[١] التنبيه جزمًا فقال[٢]: إنه[٣] يرجع على البائع بالقدر الزائد من القيمة عن الثمن، وحكاه [الإمام، عن][٤] صاحب التقريب، وقال: إنه مما انفرد به من بين الأصحاب كافة، فإنهم اعتبروا مقابلة العين بالثمن، ولا نظر إلى الثمن بل الواجب قيمة العين بالغة ما بلغت، [فإن علقة الضمان متعلقة بالعين][٥]، وعلى هذا فيقال للسائل: ما ذكرته من [أن][٦] كلام الشيخ يفهم ضمان القيمة ممنوع؛ لأن الملتزم ضمانه بالبيع[٧]، هو ما دخل على أن يملكه بعوض، كما صرح به البندنيجي وهو المبيع، وأجزاؤه، وقول الشيخ: لم يرجع به لا يعود الضمير [في[٨] ذلك][٩] إلى الملتزم ضمانه بالبيع؛ لأنه تالف بل يعود إلى المغروم عنه[١٠].

وقوله: كقيمة العين، والأجزاء تفسير للمغروم[١١]، وبذلك يندفع[١٢] السؤال.

نعم: يتجه أن يقال في المسألة، إن قلنا: المشتري في البيع الفاسد يضمن ضمان الغصوب[١٣]، فلا يرجع بما غرمه من القيمة مهما كان، كما أطلقه الأصحاب.

وإن قلنا: إنه يضمن قيمة يوم القبض، أو يوم التلف وكان ما غرمه أكثر من [ذلك،][١٤] فيتجه أن يكون في رجوعه [به][١٥] قولان كما [قلنا][١٦] في المستعير من الغاصب، إذا تلفت العين في يده، وفرعنا على الصحيح في أنه يضمن قيمة يوم التلف، [وكان ما غرمه][١٧] أكثر منها فإن في رجوعه بالقدر الزائد قولين، [كما][١٨] حكاهما القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهما.

والجديد منهما: عدم الرجوع.

---

(١) في أ: عن.
(٢) في أ: وقال.
(٣) زاد في جـ: لا.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) زاد في جـ: و.
(٨) في أ: إلى.
(٩) سقط في د.
(١٠) في أ: منه.
(١١) في أ: المغروم.
(١٢) في جـ: يتفرع.
(١٣) في أ: المغصوب.
(١٤) سقط في أ.
(١٥) في أ: فيه، وسقط في د.
(١٦) سقط في جـ.
(١٧) سقط في أ.
(١٨) سقط في أ.

والقديم: الرجوع.

وقد أغرب الماوردي، فحكى أنا إن قلنا في البيع الفاسد: لا يضمن إلا قيمة وقت[(١)] القبض - أن ما يحدث[(٢)] من زيادة بعد القبض يختص الغاصب بتحملها، وكذا ما يحدث فيه من نقص، وعزا الأخير إلى رواية الربيع في الأم، ولعله أراد أن للمشتري الرجوع عليه بذلك، وإلا فالمودع من الغاصب يطالب بقيمة العين[(٣)]، وإن كان قد دخل على ألا يضمنها.

قال: **وما لم يلتزم ضمانه، ولم يحصل له به منفعة، كقيمة الولد ونقصان الولادة، يرجع به على الغاصب**؛ لأنه لم يرضَ به ولم يحصل له في مقابلته منفعة، فكان مغرورًا به، وما قاله الشيخ هو ما حكاه الإمام عن العراقيين، وحكي عن المراوزة القطع بأنه لا يرجع بنقصان الولادة، وفيما قاله مخالفة من وجهين:

أحدهما: أن القاضي الحسين من المراوزة، وقد قال بمثل ما حكاه الشيخ.

والثاني: أن أكابر العراقيين من القاضي أبي الطيب، والبندنيجي والماوردي، وصاحب البحر - قطعوا بعدم الرجوع بنقصان الولادة، لكن يمكن حمل ما قاله الشيخ، والقاضي على ما إذا سمنت في يد المشتري ثم زال السمن؛ بسبب الولادة كما صرح به صاحب رفع التمويه على[(٤)] التنبيه، وما قاله الماوردي وغيره، على ما إذا نقصت عن الحالة التي اشتراها.

وفي التتمة: أن الأستاذ أبا إسحاق الإسفراييني حكى طريقة [قاطعة][(٥)] في شرح الفروع؛ أنه لا يرجع بقيمة الولد الحر؛ لأن نفع حرية الولد تعود إليه.

قال: **وما حصل له به منفعة كالمهر، والأجرة، وأرش البكارة فقد قال[(٦)] في القديم: يرجع**؛ لأنه دخل على أن ذلك لا يكون مضمونًا عليه؛ كقيمة الولد، فكان غارًّا[(٧)] له فرجع عليه، وهذا ما قال في البحر: أن الفتوى به عندي.

قال: **وقال في الجديد: لا يرجع**؛ لأن الغاصب متسبب، والمشتري مباشر، والضمان متعلق بالمباشر دون المتسبب؛ ولأنه [حصل][(٨)] له في مقابلة منفعة؛

---

(١) في أ: يوم.
(٢) في أ: حدث.
(٣) في جـ: المعين.
(٤) في أ: عن.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في التنبيه: فقال.
(٧) في أ: غارمًا.
(٨) في د: لم يحصل.

فضمن بدلها بخلاف الولد، فإنه لم يحصل له في مقابلة قيمته بدل، ولا لذة، والخلاف المذكور يجري فيما لو كان المغصوب شاة، فنتجت، أو شجرة، فأثمرت، فذبح السخلة، وأكل[١] الثمرة، هل يرجع بما غرمه عنهما أم لا؟ وكذا [فيما][٢] لو أكره امرأة على التمكين من الزنى، وأكره رجلًا على الزنا، وقلنا بإمكانه فالرجل يغرم المهر، وهل يرجع به على المكره فيه؟ هذا الخلاف صرح به المتولي [وقد ألحق المتولي][٣] أيضًا بمسألة الكتاب في الحكم ما إذا كان المغصوب دارًا، فباعها [الغاصب][٤]، ثم نقضها المشتري وبناها، فإن عليه رد العرصة، وما بين قيمتها مبنية، ومنقوضة، وعليه [ما بناه، و][٥] أجرة مثلها من حين القبض إلى حين النقض، وأجرة العرصة إلى حين الرد، وليس عليه أجرة ما بناه فيها، وله أن يرجع على الغاصب بنقض التالف، ولا يرجع بقيمة الأجزاء، وهل يرجع بالأجرة؟ فيه الخلاف، وحكى الإمام، ومن تابعه في الرجوع بنقص التالف[٦] خلافًا، وإن ميل القاضي إلى الرجوع.

تنبيهان:[٧]

الأول: كلام الشيخ يقتضي أن محل الخلاف في الرجوع بالأجرة، إذا استوفى المنفعة، أما إذا لم يستوفها بل أوجبنا الأجرة عليه؛ لكون المنفعة فاتت تحت يده، فإنه يرجع بها وجهًا واحدًا، وهو ما حكاه القاضي الحسين، وحكاه في البحر عن بعض الأصحاب[٨]، وحكى عن بعضهم أنه لا فرق بين أن يستوفي المنفعة، أو تفوت تحت يده، و[الذي][٩] صححه الرافعي الأول[١٠].

وحكى المتولي الخلاف أيضًا وأجراه فيما لو تلفت السخلة التي أنتجتها الشاة تحت يده، أو لبنها ولو برضاع ولدها، وكذا الثمرة الحاصلة من الأشجار المبيعة.

الثاني: قول الشيخ كالمهر وأرش البكارة فيه نظر؛ لأنا قد حكينا[١١] فيما

---

(١) في أ: أخذ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: التأليف.
(٧) في أ: تنبيهات.
(٨) زاد في أ: فغلطه.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في جـ: للأول.
(١١) في أ، جـ: حكيناه.

[يجب عليه][1] إذا وطئ البكر ثلاثة أوجه: -

أحدها: مهر بكر، وأرش البكارة.

والثاني: مهر [ثيب][2]، وأرش البكارة.

والثالث: مهر بكر، لا غير.

وعلى كل حال، فلا يتجه [أن يرجع][3] بأرش البكارة؛ لأنا إن[4] أوجبنا مهر بكر وأرش البكارة، أو مهر ثيب، وأرش البكارة، فقد جعلنا إزالة البكارة جناية على الجزء، وقد تقدم أن الأجزاء إذا ضمنت لا ترجع بغرامتها، وإن قلنا: مهر بكر لا غير فلا أرش يغرم حتى يرجع به؛ ولأجل هذا جزم الماوردي، والقاضي أبو الطيب، والبندنيجي بعدم الرجوع بأرش البكارة، وغاية الممكن في توجيه ما ذكره الشيخ، كما حكاه المتولي وجهًا بعد حكايته ما حكيناه عن القاضي المذهب أن الشراء [يضمن تسليط المشتري][5] على تفويت البكارة؛ فلأنه لا يتمكن من الاستمتاع إلا بتفويت[6] البكارة، فنزلت تلك الجلدة منزلة منفعة البضع.

فرع: إذا وهب الغاصب الجارية المغصوبة لإنسان، فأتت منه بولد، هل يرجع بقيمته على الغاصب؟

حكى الرافعي فيه وجهين على قولنا: يرجع بقيمته[7] إذا أتت به في مسألة الكتاب.

ووجه الفرق: أن الواهب متبرع، والبائع ضامن سلامة الولد بلا غرامة، وما قاله لا يصح؛ لأنه حكى في البيع الفاسد أن المشتري يغرم قيمة الولد، [ويستقر عليه، ولو كان البائع ضامنًا لسلامة الولد لما رجع بقيمته][8] إذا كانت الجارية له على أنا[9] حكينا، [ثَمَّ][10] عن القاضي ما يمكن أن يدفع به هذا السؤال.

[آخر: لو كان المشتري قد بنى وغرس فيما اشتراه؛ للمالك إجباره على القلع؛

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج، د: قد.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: بإزالته.
(٧) في أ: بقيمة الولد.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: ما.
(١٠) سقط في أ.

قال الماوردي في كتاب الإقرار: وللمشتري إن كان جاهلًا بالحال [أن][1] يرجع على البائع بما بين قيمة غراسته وبنائه قائمًا ومقلوعًا، وبما غرم من نقص الأرض بالقلع؛ لأنه ألجأه بالغرور إلى ذلك، وحكاه عن الشافعي][2].

قال: وإن[3] **ضمن الغاصب فكل ما رجع به المشتري على الغاصب** - أي؛ كقيمة الولد، ونقصان الولادة على زعمه[4] **لم يرجع به [الغاصب]**[5] أي علي المشتري لعروه عن الفائدة؛ فإنه لو أخذ منه شيئًا لاسترده منه.

قال: **وكل ما لم يرجع به** المشتري [على الغاصب][6] أي كقيمة العين، والأجزاء من حين قبض العين إلى حين التلف **يرجع** به على الغاصب لأن قرار الضمان على المشتري فيرجع[7] عليه، أما إذا ضمن الغاصب قيمة يوم الغصب، لكونها أكبر قيمة من يوم قبض المشتري فلا يرجع بالقدر الزائد على المشتري؛ لأنه لم يدخل في ضمانه؛ فلهذا لا يطالبه به ابتداء.

فروع:

لو أجر [الغاصب][8] المغصوب وسلمه؛ كان للمالك مطالبة أيهما شاء، فإذا غرم المستأجر الأجرة لا يرجع بها قولًا واحدًا، ويرجع بالثمن.

وإن غرم قيمة العين والأجزاء رجع بهما قولًا واحدًا، [وهو ما][9] جزم به الروياني.

[و][10] في الوسيط: أن العراقيين قالوا: إن يد المستأجر والمرتهن هاهنا كيد العارية؛ لأن لهم غرضًا في أيديهم؛ بخلاف المودع والوكيل بغير جعل[11] إذا زوج الجارية المغصوبة وغرمه المالك أجرة المنفعة فهل يرجع بها؟ ينظر: إن استوفاها فلا، وإلا فنعم.

وإن غرمه قيمة العين رجع بها، فإن غرمه المهر لم يرجع به؛ لأنه دخل في

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج، د: فإن.
(٤) في أ: رقمه.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: فرجع.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في ج، د.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: عذر و.

العقد على أنه يتقوم عليه.

قال القاضي الحسين، والمتولي وغيرهما: ويخالف المغرور بالحرية إذا بَانَ للمغرور حقيقة الحال بعد الوطء وفسخ، فإنه يرجع بالمهر على القول القديم.

والفرق: أنه ملك المحل وحصلت له تلك المنفعة، وهو إنما بذل المهر على أن يتأبد له البضع، وقد بان معيبًا، ولا يلزم الرضا بالمعيب[١]، وإذا فسخ فمقتضى الفسخ بالعيب استرجاع البدل فرجع به وهاهنا لم[٢] يملك المحل، وقد دخل في العقد على أن يتقوم عليه فينظر[٣] أن لو كان ممن لا يحل له نكاح الإماء؛ فإن العقد باطل، ولا يرجع بالمهر.

قال: وإن كان المغصوب طعامًا، فأطعمه إنسانًا، فإن قال: هو مغصوب، فضمن الغاصب، رجع به على الآكل؛ لفقد سبب الضمان، وهو الغرور[٤] مع دخوله على أنه يضمن؛ فإن ضمن الآكل لم يرجع [به][٥] على الغاصب؛ لأنه غاصب استهلك ما غصبه.

قال: وإن قال هو لي فضمن الغاصب لم يرجع [به][٦] **على الآكل** خلافًا للمزني؛ لأنه أقر[٧] بأن المدعي ظلمه بما أخذه[٨] منه فلا يرجع [به][٩] على [غير][١٠] من ظلمه.

قال: وإن ضمن الآكل رجع في أحد القولين؛ لأنه دخل على أنه[١١] لا يغرم، وقد غرم مستندًا إلى تغرير الغاصب فيرجع عليه، وهذا هو القديم، ويروى في بعض كتب الجديد.

قال: ولا يرجع في الآخر وهو الأصح؛ لأنه أتلفه في منفعة نفسه والغاصب منكر للغرور، فإنه يدعي أنه قدم إليه ملكه.

قال: وإن قدمه[١٢] **إليه، ولم يقل: هو لي أو مغصوب؛ فضمن الآكل - رجع في أحد القولين دون الآخر**. وتعليلهما ما ذكرناه.

---

(١) في أ: العيب.
(٢) في جـ: لا.
(٣) في جـ: فنظيره.
(٤) في جـ: المعروف.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: إقرار.
(٨) في أ: أخذ.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) في أ: أن.
(١٢) في أ: قدم.

وحكى الماوردي عن البصريين من أصحابنا أنهم جزموا بالرجوع هاهنا، وحكوا الخلاف فيما إذا وهب الطعام منه وأقبضه إياه [فأكله، وفرقوا بأن][١] استهلاك الأكل بإذن الغاصب حصل فرجع عليه، [واستهلاك الموهوب له [حصل يوم إذن الغاصب][٢] فلم يرجع عليه][٣]، وهذه الطريقة تؤخذ من كلام المتولي؛ فإنه جعل الخلاف في الهبة مرتبًا على الخلاف في التقديم، وأولى بالرجوع، والأصح في الكل عدم الرجوع، وسكوت الشيخ عنه في هذه المسألة استغناء بما ذكره فيما إذا قال هو: لي، فإن التغرير فيه أبلغ، ومع هذا لم يكن سببًا للرجوع، وكان فيما دونه من طريق الأولى.

فرع: لو اختلفا في العلم بالحال والجهل به[٤].

قال الماوردي: إن قال الواهب: علمت أنه مغصوب من غيري، فالقول قول الموهوب له، وإن قال: أعلمتك حال الهبة أنه مغصوب، فالقول قول الواهب؛ لأنه زعم فساد الهبة.

قال: وإن ضمن الغاصب، فإن قلنا: لا يرجع الآكل على الغاصب، رجع الغاصب؛ لاستقرار التلف تحت يده، وتخالف المسألة [التي][٥] قبلها؛ لأنه ثَمَّ اعترف بأنه مظلوم بما [غرمه فيؤاخذ][٦] بإقراره.

قال: [**وإن قلنا: يرجع الآكل؛ لم يرجع الغاصب** لعرو ذلك عن الفائدة، ثم لا يخفى أن محل ما ذكرناه من الرجوع على الآكل إذا كان حرًّا[٧] مكلفًا، أما لو كان عبدًا، أو بهيمة، فإن كان ذلك بغير إذن مالكها؛ فهو مضمون على الغاصب وحده فيرجع به عليه، ولا يرجع به على مالك البهيمة والعبد، ولا يتعلق برقبتهما [شيء][٨] قاله[٩] الماوردي.

وقال الرافعي وغيره: ما أكله العبد هل يتعلق برقبته؟ يخرج على الخلاف إن قلنا [إنه][١٠] يرجع به على الحر فقد جعلنا ذلك بمنزلة الجناية، فيتعلق ذلك

---

(١) في أ: فإن.
(٢) في د: للغاصب.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ، جـ: منه.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: أخذه فيؤاخذه.
(٧) زاد في أ: أو.
(٨) سقط في أ، د.
(٩) في جـ: قال.
(١٠) سقط في جـ.

برقبة العبد وإلا فلا، وإن كان أطعمها بإذن [مالكها][(١)]، فإن علم عند أمره أنه مغصوب فهو مضمون عليه وقرار الضمان عليه وإن لم يعلم فإن سلمه إليه حتى تولى هو إطعام البهيمة والعبد؛ كان في حكم الموهوب له، فإن لم يسلمه إليه كان في [حكم][(٢)] الآكل.

فرعان:

[أحدهما][(٣)]: إذا غصب شاة وأمر قصَّابًا فذبحها جاهلًا بالحال، كان قرار الضمان على الغاصب.

قال الرافعي: ولا يخرج على الخلاف في أكل الطعام؛ لأنه ذبح للغاصب وهناك [انتفع لنفسه][(٤)].

قال البندنيجي: وكذا [في كل][(٥)] ما استعان به الغاصب [غيره][(٦)] كطحن[(٧)] الحنطة، وخبز العجين وقطع الثياب ونحو ذلك.

الثاني: لو أمر الغاصب إنسانًا بإتلاف المغصوب بقتل، أو كسر، أو حرق ففعل، ولم يعلم أنه مغصوب فغرمه المالك؛ ففي رجوعه على الآمر خلاف مرتب على الخلاف في الإذن في أكل الطعام وأولى بعدم الرجوع؛ لأن الإتلاف لا يباح بالإباحة؛ بخلاف الأكل، صرح به القاضي الحسين، والمتولي.

قال: **فإن أطعم المغصوب منه [المغصوب]**[(٨)] **وهو يعلم برئ** الغاصب؛ لأنه استهلك مال نفسه باختياره، مع علمه بالحال.

قال: **وإن لم يعلم ففيه قولان:**

أحدهما: يبرأ لأنه أتلف مال نفسه؛ فأشبه ما لو كان عالمًا وهذا ما رواه الربيع.

قال: **والثاني لا يبرأ** لأنه أزال يده وسلطانه ولم يفد ذلك بتقديمه إليه؛ فلم يحصل التسليم الواجب، وهذا هو المنصوص وجعل القاضي الحسين والرافعي

---

(١) في د: المالك لهما.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج: لينفع به نفسه.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ج: كطحين.
(٨) سقط في أ.

أصل الخلاف[١] في هذه المسألة الخلاف في [أن][٢] قرار الضمان على الآكل إذا كان أجنبيًّا أم لا؟

فإن قلنا: لم[٣] يستقر عليه برئ الغاصب هاهنا وإلا فلا، ومن هذا يظهر أن الصحيح أنه يبرأ، كما صرح به ابن يونس وغيره.

و[قد][٤] حكى الإمام عن الأصحاب أنهم رأوا أن البراءة هاهنا أولى من الاستقرار هناك؛ لأن تصرف المالك في ماله بالإتلاف يتضمن قطع علقة الضمان عن الغاصب[٥]، لكن القول بعدم البراءة هو الذي صححه في «البحر».

وحكي عن البصريين [أنهم قطعوا به][٦] فيما إذا قال للمالك[٧]: كله[٨]، وكلام ابن الصباغ وغيره من العراقيين يرشد إليه، فلو[٩] لم يطعم الغاصب المالك الطعام لكن المالك أكله على أنه طعام الغاصب برئ وجهًا واحدًا، صرح به المتولي، وما ذكرناه من الخلاف والوفاق، [و][١٠] في مسألة الكتاب يجري فيما لو أودع المغصوب من المالك، أو رهنه عبده، أو أجره منه فتلف في يده كما صرح به الماوردي وغيره، وقد يظهر[١١] من هذا أن الخلاف في مسألة الكتاب مادته الخلاف في قرار الضمان [على الآكل إذا كان أجنبيًّا، فإن الوديعة لا خلاف أن قرار الضمان][١٢] فيها على الغاصب، وإن أجرى العراقيون في قرار الضمان على المرتهن والمستأجر وجهين، وعلى كل حال فالمذهب في هذه الصورة عدم البراءة؛ كما صرح به الرافعي ولو باعه من المالك، أو أعاره، أو أقرضه برئ اتفاقًا، وكذا إذا أسامه[١٣].

ولو كان المغصوب عبدًا فأعتقه المالك بوكالة الغاصب له فهل يعتق؟ فيه وجهان:

أصحهما[١٤]: نعم؛ لمصادفة ملكه، كما لو أعتق عبد غيره بزعمه في ظلمة

---

(١) زاد في د: ولم يحصل.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) في جـ: ثم.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في جـ: الغائب.
(٦) في أ، د: القطع به.
(٧) في أ: المالك.
(٨) في د: كلفه.
(٩) في أ، د: ولو.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: ظهر.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في أ: استأمنه.
(١٤) في جـ: أحدهما.

[مثلًا][(١)] فإذا هو عبده.

والثاني: لا؛ فإنه هاهنا سفير في العبارة، وهذا ما نسبه ابن الصباغ إلى رواية الشيخ أبي حامد، وعلى الأول هل يبرأ الغاصب وجهان:

أصحهما: في الرافعي أنه يبرأ، وفي «البحر»: [الأصح][(٢)] خلافه.

ولو كان المغصوب جارية فزوجها من المالك فأولدها نفذ الاستيلاد(٣) قطعًا وبرئ الغاصب وشبب بعض الأصحاب بالخلاف [فيه، كذا قاله الإمام، وفي البسيط، وظاهره يوهم أن الخلاف][(٤)] في البراءة لا في نفوذ الاستيلاد.

وفي «الوسيط»: صرح بأن التشبيب في الاستيلاد.

ولو قال للمالك: أعتق هذا العبد عني(٥) فالمذهب أنه لا يقع عنه.

وفيه(٦) وجه حكاه المتولي أنه يقع(٧) عنه، كما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي [فإذا هو ميت][(٨)]، فإن العتق يتضمن التمليك، وعلى المذهب هل يعتق [على][(٩)] المالك؟ فيه وجهان.

قال: وإن رهن المغصوب منه المغصوب من الغاصب لم يبرأ من الضمان [أي][(١٠)] إلاّ بأن يقبضه(١١)، أو نائبه ثم يعيده إليه، خلافًا للمزني؛ لقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»(١٢) والمعنى على اليد ضمان ما أخذت؛ [حتى تؤديه][(١٣)] ولا يمكن إضمار: رد ما أخذت فإنه لو كان مرادًا لما قال: حتى تؤديه؛ ولأنه عقد لا يمنع طريان الضمان عليه فوجب ألا ينافي ضمانًا سابقًا [له][(١٤)]، كما لو استأجر المالك الغاصب ليخدم العبد المغصوب كذا قاله القاضي أبو الطيب، ولأن الرهن لا ينافي الضمان؛ بدليل ما لو رهنه شيئًا فتعدى فيه؛ فإنه لا يبطل الرهن، فإذا لم ينافه فلا يكون متضمنًا زواله كما في حال الاستدامة، واعترض الإمام في كتاب الرهن على قياس رهن المغصوب على

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في د: برئ.
(٤) سقط في د.
(٥) زاد في أ: فأعتقه.
(٦) في أ: في.
(٧) في أ: يعتق.
(٨) في أ: فبان ميتًا.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في جـ: بقصيته.
(١٢) تقدم تخريجه.
(١٣) سقط في د.
(١٤) سقط في أ.

تعدي المرتهن بأن طرآن العدوان سببه إحداث المرتهن ما لم يكن له أن يحدثه، وليس يشبه هذا إذن المالك للغاصب في الإمساك، ثم قال: ومن لا يستشعر غموض هذه المسألة فليس من الفقه في شيء، فإن سبب ضمان الغاصب عدوانه، وقد انقطع بالإذن بالإمساك في جهة غير مضمونة(١).

فإن قيل: لو رهن المعير العين المعارة من المستعير - زال عنه الضمان على أحد الوجهين، فهلا كان هنا مثله؟!.

قلنا: الخلاف في براءة المستعير من ضمان العاريَّة، وعدم البراءة مبني كما حكاه المتولي هاهنا(٢)، والماوردي في كتاب الرهن على أن العارية هل تبطل بالرهن أم لا، ومن جزم بعدم بطلان العارية بالرهن، وهو ابن الصباغ - خصَّ محل الخلاف في البراءة وعدمها بما إذا رجع المعير في العارية.

وإذا كان كذلك فضمان العارية إنما كان بسبب الارتفاق والانتفاع بملك الغير(٣) لا عن استحقاق وقد زال، وهاهنا الضمان ضمان يد، واليد قائمة حسًّا ومشاهدة، وهذا ما أشار إليه المتولي.

قال: وإن أودعه إياه فقد قيل يبرأ لأن الوديعة تنافي الضمان؛ فكانت متضمنة للبراءة، وهذا ما ذهب إليه أبو علي الطبري وأكثر الأصحاب؛ كما حكاه القاضي أبو الطيب في كتاب الرهن.

وقيل: لا يبرأ [كما لو رهنه منه](٤) وهذا قول [ابن أبي هريرة](٥)، وهذا الخلاف قريب الشبه من الخلاف فيما إذا تعدى المودع في الوديعة، ثم أحدث له استئمانًا أو هو هو، ولا خلاف في أنه لو باعه منه سقط حكم الضمان، ولو أجره أو أوصى [له](٦) بمنفعته ومات.

وقيل: قال المتولي فيه وجهان(٧):

أحدهما - وهو الذي قال به العراقيون-: أنه لا يبرأ.

والثاني - وهو اختيار القفال-: أنه يبرأ؛ لأن منفعة يده عائدة للآجر(٨)؛ لأنه

---

(١) في د: مضمنه.
(٢) في جـ: هنا.
(٣) في جـ: العين.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في د: أبو علي.
(٦) سقط في أ، جـ.
(٧) في أ: قولان.
(٨) في أ: الآخر.

يستحق الأجرة، والثواب في الوصية قائم مقام الأجرة.

ورتب الماوردي في كتاب الرهن الخلاف في [الغاصب بالإجارة على الخلاف في][1] براءته بالإيداع، وقال: الأولى البراءة؛ لأن الإجارة صنف من البيع، والإمام ثَمَّ رتبه على الوديعة، لكن قال: الأولى ألا يبرأ، وقال: لو وكله في بيعه من غير أن يستحفظه إياه؛ ففي براءته من الغصب الخلاف في الإجارة وأولى بألا يبرأ.

قال الغزالي: لأنه كالمستأجر فيه [إلا أن غرض المالك هاهنا في اليد أظهر، ونوقش في ذلك؛ لأن هذا يقتضي حصول البراءة.

وجوابه أنه لما قال: إنه[2] كالمستأجر [فيه][3]][4] اقتضى أنه لا يبرأ جزمًا، كما حكيناه من قبل عند الكلام في الرهن منه[5]، ثم ذكر مستند الخلاف، وهو أن غرض المالك في اليد أظهر، وقد ذكرت في أواخر[6] الوكالة شيئًا يتعلق بذلك، فليطلب منه.

ولو ضارب المالك[7] الغاصب على المال المغصوب فثلاثة أوجه في الحاوي-:

ثالثها: وهو الأصح عنده أنه لا يبرأ ما لم يتصرف، وإذا تصرف فإن وقع عقده[8] بعين المال سقط عنه الضمان بتسليمه، وإن وقع على ما في الذمة ثم نقد الثمن لم يبرأ.

والفرق: أنه إذا[9] اشترى بعين المال صار دافعًا للمال إلى مستحقه عن إذن مالكه؛ فبرئ من ضمانه وإذا اشترى في ذمته صار قاضيًا[10] لدين تعلق بذمته، فلم يبرأ من الضمان.

فرع: إذا كان المغصوب منه حاضرًا فطالبه[11] الغاصب[12] بقبض ماله وجب عليه، فإن امتنع أناب الحاكم من يقبضه عنه، ولو كان غائبًا فقبضه منه

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: هذا.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: عنه.
(٦) في أ: آخر.
(٧) زاد في د: و.
(٨) في أ: العقد.
(٩) في أ: لما.
(١٠) في جـ: قابضًا.
(١١) في د: فطلب.
(١٢) في أ: المغصوب.

الحاكم برئ، لكن هل يجب على الحاكم قبضه؟ فيه وجهان في «التتمة».

قال: **وإن فتح قفصًا عن طائر فوقف ثم طار لم يضمن**؛ لأن الطير له اختيار بدليل توقيه المكاره وطلبه الرعي[١]، وقد وجد من الفاتح سبب غير ملجئ، ومن الطائر مباشرة فرجحت على السبب غير الملجئ واحترزنا بالسبب [غير الملجئ][٢] عن المكره وشهود الزنا ونحوهما[٣]، وهذا ما حكاه العراقيون، وحكى صاحب التهذيب وغيره طريقة أخرى بجريان قولين في الضمان، ونسب في «التهذيب» قول الضمان إلى القديم.

وغلَّط [الروياني][٤] في البحر من صار إلى وجوب الضمان.

وحكى الرافعي [عنه، وعن الشيخ][٥] أبي خلف السلمي [ونحوهما][٦] اختيار وجوب الضمان[٧]، فعلى هذا لو دخلت هرة إلى القفص [وقتلت الطائر عقيب الفتح أو سقط القفص][٨] بسبب خروج الطائر فتكسر، أو[٩] كسر الطائر بطيرانه شيئًا؛ ضمنه الفاتح؛ لأن فعل الطائر على هذا القول منسوب إليه؛ كذا حكاه الرافعي عما جمع من «فتاوى القفال».

وقياس ما ذكره العراقيون صريحًا في إفساد الدابة الزرع والعلق أنه لا يضمن[١٠] كما ستعرفه من بعد.

قال: **وإن طار عقيب الفتح** أي من غير تهييج **ففيه قولان: أصحهما: أنه لا يضمن**؛ لأنه طار باختياره فأشبه ما لو وقف ثم طار، وقد وافق الشيخ في هذا التصحيح القاضي أبو الطيب.

---

(١) في أ: المرعي.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في أ: نحوه.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: وعن.
(٦) في أ: وغير فقهاء.
(٧) قوله: ولو فتح قفصًا عن طائر، فوقف، ثم طار - لم يضمن.
ثم قال: وغلّط الروياني في «البحر» من صار إلى وجوب الضمان.
وحكى الرافعي عنه وعن الشيخ أبي خلف السلمي وغيرهما - اختيار وجوب الضمان. انتهى كلامه.
وسياقه يشعر بأن ما نقله الرافعي عن الروياني غلط، وليس كذلك؛ فإنه قد صرح بذلك في «الحلية»، وعبر بقوله: وهو الاختيار. والغالب أن الرافعي إذا أطلق النقل عن الروياني فإنما يريد به «الحلية»، فاعلمه. [أ و].
(٨) سقط في أ.
(٩) في جـ: لو.
(١٠) في أ: يضمنه.

والقول الثاني: أنه[1] يضمن؛ لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه، فإذا طار عقيب الفتح عرف أن طيرانه لنفوره، فصار كما لو نفّره.

وقد حكى في «التهذيب»: أن هذا القول هو القديم، والذي حكاه[2] القاضي أبو الطيب، والبندنيجي أن النص في القديم: أنه لا يضمن مطلقًا[3].

وحكى في البحر أن ظاهر ما نقله المزني وجوب الضمان، وبه قال أكثر الأصحاب واختاره [الشيخ][4] أبو إسحاق، وابن أبي هريرة.

وفي «المرشد» وقال الرافعي: إنه الصحيح، وحكي عن بعضهم القطع به، وحكي طريقة أخرى؛ وهي أن خروج الطائر إن كان من غير [اضطراب][5] فلا ضمان، وإن اضطرب عقيب الفتح ثم خرج ضمن؛ لأنه يدل على [فزعه ونفرته][6]، ولو كان الطائر في أقصى القفص فأخذ يدب قليلًا قليلًا ثم [طار][7]، قال القاضي الحسين: حكمه حكم ما لو طار عقيب الفتح، ولا خلاف أنه إذا نفّر الطائر بعد الفتح ضمن، وادعى الماوردي فيه الإجماع، وحكم حل [رباط][8] الدابة[9] أو فتح باب الإصطبل عنها إذا خرجت عقيب الفتح أو شرعت في المشي من أقصى الإصطبل إلى أن خرجت، [أو خرجت][10] بعد الفتح بساعة وضاعت - حكم فتح القفص.

وحكى الإمام عن شيخه أنه [إن][11] كان تسبب[12] بالفرق بين الحيوان النافر بطبعه وبين الإنسيِّ، وأنه جعل خروج [الإنسيِّ][13] على الاتصال؛ كخروج النافر على الاتصال[14] وقال: إنه منقاس، وحكم حل قيد العبد المجنون وفتح باب السجن عنه [حكم][15] حل رباط البهيمة فيما ذكرناه، كذا قاله الغزالي

(١) زاد في أ، جـ: لا.
(٢) زاد في أ: الجمهور.
(٣) في أ، جـ: مطاعًا.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، جـ: قرعه ويقربه.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في د: البهيمة.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ، جـ.
(١٢) في د: يسبب.
(١٣) سقط في جـ.
(١٤) في أ: الانفصال، وزاد في د: لخروج النافر على الانفصال.
(١٥) سقط في أ.

[وغيره][(١)] من المراوزة، وإطلاق الماوردي يقتضي أنه لا ضمان وكذلك الروياني ووجهه بأنه لا يستمسك بالقيد عرفًا، وأبدى [الروياني][(٢)] الضمان احتمالًا لبعض الأصحاب.

ولو كان العبد عاقلًا؛ نُظر إن لم يكن آبقًا[(٣)] فلا ضمان، وكذا لو كان آبقًا على الصحيح، ومنهم من جعل حل قيده كحل قيد[(٤)] البهيمة، وهو ما حكاه القاضي الحسين وتابعه صاحب التهذيب فيأتي فيه التفصيل السابق.

فرعان:

أحدهما: إذا فتح مُرَاح الغنم فخرجت ليلًا فرعت زرعًا للغير، فإن كان الفاتح المالك وجب عليه الضمان، وإن كان غيره فلا ضمان عليه عند العراقيين، وبه جزم في «البحر»؛ لأنه لا يجب عليه حفظها بخلاف المالك.

وعن القفال: أنه يضمن [الثاني][(٥)]: إذا حّل[(٦)] دابة مربوطة عن علف أو شعير فأكلته؛ لم يضمنه؛ لأن الدابة هي المتلفة دونه، وكذا لو كسرت إناء [في الدار][(٧)]لم يضمنه.

قال الماوردي[(٨)]: سواء اتصل ذلك بالحلِّ أو انفصل عنه.

قال: **وإن فتح زقًّا فيه مائع فاندفق ما فيه أي في الحال ضمن**؛ لأنه محفوظ بوكائه، وحله له سبب تلفه، ولا شيء بقطعه فتعلق الحكم به، وكذا لو اندفق بعضه فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه [ضمن][(٩)]؛ لأن فعله سببه.

وقيل: إن كان المالك حاضرًا أو[(١٠)] أمكنه التدارك لكون الخارج شديدًا [فلم يفعل][(١١)] فلا ضمان، ويخالف ما لو قتل عبده، أو حرق ثوبه، وأمكنه منعه من ذلك ولم[(١٢)] يفعل حيث يجب الضمان؛ لأن القتل والتحريق مباشرةٌ، وحل

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) في د: اتفاقًا.
(٤) في أ، د: رباط.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في جـ: جعل.
(٧) سقط في أ.
(٨) زاد في د: ضمن.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: و.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ: فلم.

الوكاء سبب [، والسبب][1] يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه؛ كمن حفر بئرًا فمر بها إنسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها، فلم يفعل حتى سقط فيها؛ فإنه لا يضمن، كذا قال في البحر.

قال: **وإن بقي ساعةً، ثم وقع بالريح**، أو ما في معناه من زلزلة أو سقوط طائر عليه **فسال**[2] **ما فيه لم يضمن**، لأنه لم يوجد الخروج بفعله ولا بسبب فعله.

قال ابن الصباغ: وهكذا الحكم فيما لو لم يعلم كيف سقط، وحكم حل[3] السفينة وغرقها عقيبه أو بعد ساعة بسبب [حادث أو][4] الريح، أو نحوه حكم [حل][5] الزق الذي فيه المائع، فلو غرقت بعد الحل ولم يظهر سبب حادث؛ ففي التهذيب والمهذب وغيرهما في وجوب الضمان وجهان.

قال في الحاوي [والبحر][6]: ويخالف مسألة الزق فإن الماء[7] أحد المتلفات.

والرافعي قال: إن الخلاف جارٍ في مسألة الزق.

قال:- **وإن كان ما فيه جامدًا فَذَابَ بالشمس**[8] **وخرج**، أي وكان الزق على صفة لو كان [ما][9] فيه ذائبًا لخرج[10] عقيب الفتح ضمن؛ لأن [الشمس لا][11] توجب خروجه بل تذيبه، والخروج بسبب فعله فضمن؛ كالمائع.

وقيل: لا يضمن؛ لأن خروجه إنما حصل بعارض الشروق فأشبه هبوب الريح.

قال: - **وليس بشيء** لما ذكرناه، [مع أن][12] الشمس يعلم شروقها فيكون الفاتح معرضًا لما فيه للشمس[13]، وذلك تضييع بخلاف هبوب الريح؛ فإنه ليس مما ينتظر.

وعن القاضي الحسين: إجراء الوجهين فيما إذا أزال[14] أوراق الكرم وجرد

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في أ: ثم سال.
(٣) في أ: حال.
(٤) سقط في جـ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: المائع.
(٨) في أ: السمن.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ، جـ: يخرج.
(١١) في جـ: السمن لم.
(١٢) في جـ: من أن.
(١٣) في أ: الشمس.
(١٤) في أ: زالت.

عناقيده للشمس حتى أفسدتها، وأجريا أيضًا فيما إذا ذبح[1] شاة [إنسان][2] فهلكت سخلتها، أو حمامة فهلك فرخها لفقدان ما يصلحهما، وأجراهما المتولي أيضًا فيما لو كان لإنسان زرع، ونخل وأراد سوق الماء إليهما فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت، وكذا أجريا فيما لو نقل صبيًا إلى مسبعة فافترسه سبع، أو إلى أرض محواة فنهشته حية، لكن الأظهر [منهما][3] هاهنا عدم الضمان، وهو ما حكى الإمام أنه نص الشافعي[4]، والغزالي جعله ومسألة الشمس سواء، ولا خلاف أنه لو حمله إلى مضيعة فاتفق أن سبعًا افترسه فلا[5] ضمان[6].

فرعان:

أحدهما: - لو كان [ما][7] في الزق جامدًا فحله [واحد][8] وقرب آخر منه نارًا فخرج، فقد قيل: لا ضمان على واحد منهما، وإن قلنا: إنه إذا خرج بالشمس يضمن الحال.

قال في الحاوي: - لأن طلوع الشمس معلوم فصار كالقاصد له، ودنو النار[9] غير معلوم فلم يصِرْ قاصدًا له.

وقيل: يجب الضمان، على المقرب للنار[10]، وهو ما اختاره في المهذب، وجعله[11] الرافعي الأظهر، والغزالي الأصح، وأجرى الرافعي[12] الوجهين فيما لو قرب الفاتح النار منه.

وقال في البحر، [والحاوي][13]: إنه يضمن وجهًا واحدًا.

---

(١) في جـ: باع.

(٢) سقط في جـ.

(٣) سقط في جـ.

(٤) في جـ: للشافعي.

(٥) زاد في د: أنه.

(٦) قوله: ولا خلاف في أنه لو حمله - يعني الصبي - إلى مضيعة، فاتفق أن سبعًا افترسه، أنه لا ضمان. انتهى كلامه.

وما ذكره من عدم الخلاف ليس كذلك؛ فقد قال في «المهذب» لو كتف رجلا، وألقاه في أرض غير مُسْبِعة، فقتله سبع - وجبت الدية مخففة؛ لأنه قتل خطأ. انتهى. والصغير العاجز عن الانتقال كالرجل المكتوف إن لم يكن أولى منه بالوجوب. [أ و].

(٧) سقط في د.

(٨) سقط في جـ، د.

(٩) في جـ: الدار.

(١٠) في جـ: النار.

(١١) زاد في جـ: في.

(١٢) في جـ: الغزالي.

(١٣) سقط في أ.

الثاني:- إذا فتح زقًّا مستعلى الرأس وما فيه شديد فنكسه آخر حتى يسرع خروج ما فيه، فقد قيل: يشتركان في ضمان الخارج بعد التنكيس.

وقيل: يختص به المنكس، وهو الأصح في الرافعي؛ لأنه كالذابح مع الجارح.

تنبيه: الزق: السِّقاء، وجمعه في القلة: أزقاق، وفي الكثرة زِقاق، [وزُقَّاق](١) - بضم الزاي -؛ كذئب وذئاب [وذؤبان](٢).

قال: - **وإن سقى أرضه فأسرف** أي جاوز ما يكفي أرضه في العادة؛ لأن الإسراف مجاوزة الحد **حتى هلك** أي أتلف **أرض غيره أو أجَّج نارًا** أي تلهبها وأشعلها **على سطحه فأسرف حتى تعدَّى إلى سطح غيره** [فأحرقه](٣) **ضمن** لتعديه بالإسراف، وكذا لو لم يسرف في النار، لكنه أوقدها في وقت هبوب الرياح(٤)، وكلام القاضي الحسين في باب وضع الحجر يفهم أن في هذه الحالة خلافًا؛ فإنه حكى عن [بعض](٥) الأصحاب فيما إذا أشعل(٦) نارًا في ملكه فطارت منه شرارة [فأحرقت أرض](٧) الغير - أنه لا ضمان، ثم قال: وقال القفال: إن كان ذلك في وقت هبوب الرياح(٨)، وفي [ظلمة الليل](٩) وجب الضمان، وإلا فلا.

وفي الحاوي في باب الصائل على البهائم: أنه إذا أحرق بالنار حشيشًا(١٠) في أرضه فتعدت فأحرقت زرع غيره، فإن كان زرع الغير(١١) [غير](١٢) متصل بالحشيش؛ فلا ضمان [وإن كان [الزرع](١٣) متصلًا بالحشيش المحرق، فإن كانت الريح مصروفة عن جهة الزرع؛ لهبوبها إلى غيره فلا ضمان](١٤)، وإن كان هبوبها في(١٥) جهة الزرع ففي الضمان وجهان:

وجه الوجوب: أن من طبع النار أن تسري إلى جهة الريح.

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في أ، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: الريح.
(٥) سقط في جـ، د.
(٦) في أ: أسعر.
(٧) في أ: فأحرقت كدس، وجـ: الدين.
(٨) في أ: الريح.
(٩) في أ: الظلمة.
(١٠) في جـ: خشبًا.
(١١) في د: الجار.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في جـ.
(١٥) في أ: من.

ووجه المنع: [أن هبوب الريح][١] ليس من فعله، وقال فيما إذا أرسل الماء في[٢] أرضه فخرج إلى أرض غيره فأفسدها[٣]، وكان الذي أرسله أكثر من قدر حاجة أرضه وقدر على حبسه؛ ففي الضمان وجهان:

وجه المنع: أن الجار قد كان يقدر على الاحتراز منه [بحظيرة تصد][٤] عنه، أما إذا سقى [أرضه][٥] من غير إسراف؛ كما إذا سقى أرضه بما تحتمله عادة فتعدى إلى أرض غيره، أو أوقد في وقت سكون الريح ما يحتمله سطحه ثم عصفت[٦] الريح فشرع في طفيها [فتعدت][٧] فأحرقت فلا ضمان؛ لعدم التفريط.

ولو كان في أرضه نقبة فسقى أرضه من غير إسراف فنفذ من النقبة إلى أرض غيره.

قال البندنيجي: إن [علم بها][٨] فلم يسدها ضمن، وإن لم يعلم بها لم يضمن.

وقال القاضي الحسين: أنه يضمن سواء علم بالنقبة[٩] أو لم يعلم؛ لأنه مفرط حيث لم يطالع ولم يسد، وكذا لو كانت أرضه مستعلية فسقاها فخرج ماؤها إلى أرض غيره ضمن ما لم يسدها على ما جرت [به][١٠] العادة.

فرع: لو شككنا في أن الساقي أو[١١] الموقد أسرف أم لا؟ قال الإمام: لا ضمان.

ولو غلب[١٢] على الظن مجاوزة الحد من غير قطع [به][١٣] قال: أمكن تخريجه على غلبة الظن في النجاسات.

قال: - **فإن غصب حرًّا على نفسه لزمه تَخلِيَتُهُ** ليبرأ من ظلمه.

[قال][١٤]: **فإن استوفى منفعته ضمن الأجرة** [بعدوانه بإتلاف متقوم، وإن حبسه مدة أي ولم يستوف له منفعة ضمن الأجرة][١٥]؛ لأنها منفعة تضمن

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: إلى.
(٣) في د: فإن رمادها.
(٤) في أ: بحصيرة يسر.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: عرضت.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: علمها.
(٩) في جـ: بها.
(١٠) سقط في د.
(١١) في جـ: و.
(١٢) في أ: علم.
(١٣) سقط في جـ.
(١٤) سقط في جـ.
(١٥) سقط في جـ.

بالأجرة فضمنت بالغصب، كمنفعة العبد، وهذا ما يحكى عن ابن أبي هريرة.

وقيل: لا يضمن؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد [فمنافعه تفوت تحت يده][١] بخلاف العبد، وهذا هو الأصح في الرافعي وبه قال جمهور الأصحاب كما حكاه الماوردي، وبنى الغزالي الخلاف على أن الحر [هل][٢] يدخل [تحت][٣] اليد أم لا؟

قال الرافعي: ولم أر ذلك لغيره ولا خلاف في أن أم الولد، والمكاتب إذا [حبسها حتى][٤] مضت [مدة][٥] لمثلها أجرة ضمن أجرتها[٦]؛ سواء استوفاها أو فاتت تحت يده.

فرع: لو نقل حرًّا صغيرًا، أو كبيرًا بالقهر من موضع إلى موضع آخر، فإن لم يكن [للمنقول غرض في][٧] الرجوع إلى الموضع الأول فلا شيء[٨] على الناقل، وإن كان له [فيه][٩] غرض واحتاج إلى مؤنة فهي على الناقل؛ لتعدِّيه[١٠] قاله المتولي.

ولو كان على الحر الصغير ثياب وحلى فهل يضمنها الغاصب؟

قال القاضي الحسين: يحتمل وجهين:

أحدهما: لا[١١] يضمن؛ لأنه إذا لم تثبت يده عليه لا تثبت يده على ما معه.

والثاني: يضمن؛ لأن يده ناقصة.

قلت: وهذا الخلاف [كالخلاف][١٢] الذي حكاه الشيخ فيما إذا سرق حرًّا صغيرًا وعليه حلى يساوي نصابًا؛ هل يقطع [أم لا؟][١٣] [أو][١٤] هو هو.

قال: **وإن غصب كلبًا فيه منفعة لزمه رده** لاستحقاق صاحبه منافعه مع عموم قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَه»[١٥] وتكون مؤنة الرد على الغاصب،

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، جـ.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في أ: قيمتها.
(٧) في أ: في المنقول غرض إلى.
(٨) في أ، جـ: يبني.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في جـ: التعدية.
(١١) في جـ: لم.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في جـ.
(١٥) تقدم.

فلو استوفى منفعته فهل يضمن أجرته؟فيه وجهان ينبنيان على جواز إجارته.

قال الإمام في باب بيع الكلاب: والذي أراه تصحيح الإجارة، فإن لم نصححها؛ فالوجه عندي إثبات أجرة المثل، فإنها منافع مقصودة [تطلب بالأموال][(١)]، فإن امتنعت الإجارة لتغليظ[(٢)] شبه[(٣)] المنع من التعامل على [الكلاب فلا][(٤)] وجه لتعطيل منفعته، ولو اصطاد الغاصب [به][(٥)]، فالصيد للغاصب على وجه، كما لو اصطاد بشبكة مغصوبة، وهو الأصح في النهاية وغيرها، وللمغصوب منه على وجه، كما لو اصطاد بالعبد المغصوب؛ لأن للكلب اختيارًا، وعلى هذا هل يلزمه أجرة مثل الكلب في [مدة الاصطياد][(٦)]؟

وإذا قلنا بوجوبها، فلو[(٧)] استعمله لنفسه ففيه[(٨)] وجهان:

وجه الوجوب: القياس [على][(٩)] ما لو غصب بذرًا وأرضًا من واحد فزرعه[(١٠)] فيها، فإن الزرع لمالك البذر [والأرض، وعليه مثل البذر][(١١)] وأجرة الأرض وإن صرفت منفعتها لفائدة مالكها، وهذا الخلاف يجري فيما لو غصب صقرًا فاصطاد[(١٢)] به.

فائدة: منفعة الكلب تكون بالاصطياد وحفظ الزرع، والماشية، واقتناؤه لذلك[(١٣)] جائز، وهل يجوز لحفظ[(١٤)] البيوت فيه وجهان:

ظاهر النص منهما: الجواز.

وأما الكلاب التي لا تصلح لذلك فلا يجوز اقتناؤها؛ لقوله ﷺ: «من اقتنى كلبًا ليس بكلب[(١٥)] صيد ولا ماشية ولا أرض [فإنه ينقص][(١٦)] من أجره

(١) في جـ: بطلب الأموال.
(٢) في أ: لتغلظ.
(٣) في أ، جـ: سنة.
(٤) في أ: الخلاف فلو.
(٥) سقط في أ، جـ.
(٦) في أ، جـ: يده للاصطياد.
(٧) في أ: لو.
(٨) في جـ: فيه.
(٩) سقط في د.
(١٠) في جـ: وزرعه.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في جـ: واصطاد.
(١٣) في جـ: كذلك.
(١٤) في أ: لخفض.
(١٥) في أ: كلب.
(١٦) في أ: نقص.

قيراطان»[١] خرجه مسلم.

قال الإمام: وأجمع الأصحاب على أنه نهي تحريم، واقتناء الجرو الصغير الصالح للمنافع [المذكورة][٢] عند كبره هل يجوز؟ فيه وجهان[٣].

واقتناء كلب الصيد، والماشية، والزرع لمن لا غرض له في ذلك في الحال ويتوقعه في المآل فيه وجهان، أجراهما الشيخ أبو حامد، كما حكاه ابن الصباغ في جواز اقتناء كلب الصيد، وإن لم يصطد[٤] به.

قال: وإن غصب خمرًا من ذمي أي ولم يكن قد أظهرها [فيما][٥] بين المسلمين وجب ردها عليه؛ لأنه مقر على الانتفاع بها.

وفي الجيلي حكاية وجه: أن الواجب عليه تمكينه [منها][٦]، وهذا ما حكاه الإمام عن المحققين قبيل كتاب الصيد والذبائح، وإن الأول كان يقطع به شيخه، وأثر الخلاف يظهر في مؤنة الرد.

أما إذا أظهرها للمسلمين ولو للبيع أريقت ولا ترد إليه[٧].

قال: وإن أتلفها لم يضمن [أي][٨] سواء كان المتلف مسلمًا، أو ذميًا؛ لأنها شراب مسكر فوجب ألا يستحق على [متلفها][٩] قيمة لكافر، كما لو أتلفها على مسلم، ولأن ما أبيح الانتفاع به [من الأعيان][١٠] إذا لم يملك الاعتياض عنه؛ كالميتة فما حرم الانتفاع به من الأعيان النجسة؛ كالخمر والخنزير أولى ألا يملك الاعتياض عنها؛ و[لأنه لو ضمن بدلها][١١] للكافر أدى إلى تفضيله على المسلم بسبب كفره وذلك ممتنع.

---

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١٢٠١)، كتاب المساقاة، باب: الأمر بقتل الكلاب (٥٠/ ١٥٧٤).

(٢) سقط في أ.

(٣) قوله: منفعة الكلب تكون بالاصطياد وحفظ الزرع والماشية، واقتناؤه لذلك جائز، وفي حفظ البيوت وجهان، ظاهر النص: الجواز.
واقتناء الجرو الصغير الصالح للمنافع المذكورة عند كبره: هل يجوز؟ فيه وجهان. انتهى كلامه.
والوجهان شرطهما: أن يكون الجرو من نسل معلَّم، فإن لم يكن كذلك لم يجز جزمًا، كذا ذكره البغوي في «التهذيب» في البيع، والصحيح من هذين الوجهين هو الجواز. [أ و].

(٤) في ج: يصاد.

(٥) سقط في د.

(٦) سقط في د.

(٧) في أ، ج: عليه.

(٨) سقط في د.

(٩) سقط في د.

(١٠) سقط في أ.

(١١) في أ: لأنها لو ضمنها.

قال: **وإن غصبها من مسلم أراق**؛ لأن النبي ﷺ: «أمر أبا طلحة بإراقة ما كان عنده من خمور الأيتام»[(١)] حين نزل تحريمها، وهذا هو الصحيح.

وقيل يجب ردها [إليه][(٢)] لينتفع بها في طفء نار أو بلِّ طين، ونحوه.

قال: **فإن[(٣)] صارت خلاًّ**؛ ردَّه لأنه فرع ملكه، ولو تلف في يده غرمه.

وقيل: إن [للغاصب تملكه][(٤)] بحدوث[(٥)] الملك في يده.

وفي ابن يونس: أن وجوب الرد مفرع على القول الصحيح بوجوب الإراقة وحكى وجهين[(٦)] في وجوبه بعد صيرورته خلاً على قولنا: بأنها ترد إليه خمرًا.

قيل: ولو عكس الأمر لكان أولى، ولا فرق عند العراقيين في وجوب الإراقة بين الخمرة المحترمة[(٧)] وهي التي عصرت لأجل الخلية أو غير المحترمة، وهي التي عصرت للخمرية، كما حكاه في «الاستقصاء» في أوائل الكتاب.

وعند المراوزة: الخمرة المحترمة [أصلا، وقال الإمام - قبيل كتاب الصيد والذبائح-: إن في ذلك احتمالا][(٨)] على كل حال، وجعل في كتاب الرهن قول من أوجب إراقتها هذيانًا، وقال: إنه لم يصر إليه أحد من أئمة المذهب[(٩)] وإنما هو من ركوب[(١٠)] أصحاب الخلاف.

وقال في كتاب الإقرار: لو اطلعنا على خمر ومعها مخايل [تشهد][(١١)] أنها خمر خل، فالمذهب [أنا لا نتعرض][(١٢)] لها.

وقال القاضي الحسين: قبيل باب [بيع الطعام بالطعام][(١٣)] لو أراقها إنسان فهل يجب عليه الضمان؟ فيه وجهان: -

فإن أوجبناه؛ قلنا: كم قيمة ذلك لو صار خلاً، وكم قيمته في طريق تصييره

---

(١) أخرجه أحمد (٣/ ١١٩، ١٨٠)، وأبو داود (٢/ ٣٥١) كتاب الأشربة، باب: ما جاء في الخمر تخلل، برقم (٣٦٧٥)، وأبو يعلى (٧/ ١٠٥) برقم (٤٠٥١)، من طريق وكيع، عن سفيان، عن السدي، عن أبي هبيرة، عن أنس بن مالك أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا، فقال: أهرقها، قال: أفلا أجعلها خلًا؟ قال: لا.

(٢) سقط في أ.

(٣) في د: فلو.

(٤) في أ، جـ: الغاصب يملكه.

(٥) في أ: لحدوث.

(٦) في جـ: الوجهين.

(٧) في جـ، د: المحرمة.

(٨) سقط في جـ.

(٩) زاد في جـ: قال.

(١٠) في أ: ركون.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في أ: أنه لا يتعرض.

(١٣) في أ، جـ: الطعام.

خلاًّ؟ ويوجب عليه ذلك، وغيره بنى الخلاف في الضمان على أنها طاهرة أو نجسة، والمذهب نجاستها.

فرع: من أبرز خمرًا وزعم أنها [خمر][١] خل قال الإمام في كتاب الإقرار: قد سبق طوائف إلى أن ذلك لا يقبل منه.

فرع: من في يده خمر إذا أراقها فجمعها جامع وصارت في يده خلاًّ؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يعود ملكًا للأول.

والثاني: يكون للثاني؛ لأن الأول أزال يده عنها وأسقط حقه منها[٢] فتكون لمن هي في يده.

قال ابن الصباغ في كتاب الرهن: وهذا لا وجه له؛ لأن الجامع للخمر ممنوع من ذلك ويده لا تثبت عليها؛ فلم يصح تملكه [الخل بذلك][٣].

وقوله: إن الأول أسقط حقه، ليس بصحيح؛ لأنه فعل ما أمره الشرع بفعله، ولو كان كذلك لوجب أن يكون مباحًا؛ كالمنبوذ، ولا يختص بملكها الجامع بل يكون أحق[٤] لحصولها بيده[٥]، وقد أجرى الرافعي الوجهين فيما إذا ألقى الجلد فأخذه أخذ وديعة، لكن ما ضعف به ابن الصباغ الوجه الثاني منتفٍ هاهنا.

قال: **وإن غصب جلد ميتة ردَّه**؛ لأنه منتفع به وقد قال عليه السلام: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»[٦].

قال: **فإن دبغه فقد قيل: يُرَدُّ** كالخمر إذا صارت خلاًّ.

وقيل: لا يرد أي ويكون ملكًا للغاصب؛ لأن الملك فيه حصل بفعله فكان له بخلاف الخمر.

وحكى المتولي عن بعضهم: أنه جزم[٧] بوجوب رد الجلد، وأجرى وجهين في رد الخل وأنه فرق بأن يده في الخمر مستحقة الإزالة شرعًا فلم يجعل لها حكم، ويده على الجلد غير مستحقة الإزالة فكان تفويتها جناية فلا[٨] يسقط

---

(١) سقط في جـ.
(٢) في جـ: فيها.
(٣) سقط في د.
(٤) زاد في د: بها.
(٥) في أ: في يده.
(٦) تقدم.
(٧) في أ: حكم.
(٨) في أ: ولا.

بها[(١)] الحق، وهذه الطريقة ظاهرة عند من لم يفرق بين الخمر[(٢)] المحترمة وغيرها وعند من فرق إذا لم تكن الخمر[(٣)] محترمة، أما إذا كانت محترمة فهي كالجلد سواء؛ لجواز إمساكها.

قال: وإن غصب عصيرًا فصار خمرًا ثم صار خلاً [رده][(٤)]؛ لأنه عين ماله وما نقص من قيمة العصير أي: إن [حصل][(٥)] نقص؛ لأنه حصل تحت يده [وقيل يرد][(٦)] **الخل** لما ذكرناه، ويضمن مثله من العصير؛ لأن ذلك لزمه بانقلابه خمرًا، ولم يسقط عنه بعوده خلًّا؛ كما لو غصب جارية فسمنت في يده، ثم هزلت، ثم سمنت، وقد حكى الخلاف هكذا في المهذب وغيره.

وفي بعض النسخ بعد قوله: [ويضمن مثله من العصير][(٧)] وأرش ما نقص أي: من قيمة الخل والعصير الذي أخذه بدلًا عن قيمة العصير المغصوب إلى حين انقلابه خمرًا، وهذا [كأنه][(٨)] بناء على مذهب أبي ثور في أن الغاصب يضمن عند رده العين فوات[(٩)] الأسعار.

ومنهم من قال: يظهر بناؤه على أن الغاصب يضمن أرش السمنين[(١٠)] ولم يظهر لي صحة ذلك فتأمله[(١١)].

---

(١) في د: فيها.
(٢) في د: الخمرة.
(٣) في د: الخمرة.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج: وقبل رد.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: بفوات.
(١٠) في أ: السمن.
(١١) قوله: وإن غصب عصيرًا، فصار خمرًا، ثم صار خلا - رده وما نقص من قيمة العصير.
ثم قال: وقيل: يرد الخل، ويضمن مثله من العصير، هكذا حكاه في «المهذب».
وفي بعض نسخ «التنبيه» زيادة على هذا: وأرش ما نقص، أي: من قيمة الخل والعصير، وكأنه بناء على مذهب أبي ثور في أن الغاصب يضمن عند رده العين فواتَ الأسعار.
ومنهم من قال: يظهر بناؤه على أن الغاصب يضمن أرش السمنين. ولم يظهر لي صحة ذلك، فتأمله. انتهى كلامه.
والتخريج الأول الذي أشعر كلام المصنف بأنه ارتضاه، وهو تخريجه على مذهب أبي ثور - قد ذكر المصنف في «المطلب» أنه تخريج باطل؛ لأنه إنما قال ذلك إذا رد المغصوب بعينه، ورد الأصحاب عليه بأن ذلك كان يلزم اطراده فيما إذا تلف المغصوب ورد مثله؛ فدل كلامهم على أنه غير قائل به.
ثم قال: والأشبه عندي في تقريره غير ذلك، وهو أن المراد أرش ما نقص من قيمة العصير المردود عن قيمة العصير المغصوب لا بسبب ارتفاع الأسواق، بل بأن يكون قد تطور قبل الخمرية إلى حالة زادت بها قيمته، فيأخذ الأرش في مقابلة تلك الصفة الزائلة. قال: وهو نظير قول الماوردي: إنه إذا غصب حنطة، فطحنها، ثم تلف الدقيق - يأخذ المثل وما نقص من قيمة المثل عن الدقيق. [أ و].

قال: **وليس بشيء**؛ لأن الخل عين العصير وإنما تغير من صفة إلى صفة، فأشبه ما لو طرأ على العين بياض ثم زال، ومخالف السمن فإن الثاني عين[(١)] الأول قطعًا.

وقال الماوردي: إن هذا الخلاف يعني المشهور الذي ذكرناه [أولًا][(٢)] مخرج من الخلاف فيما لو قلع سنَّ مَنْ أثغر ثم عاد سنه بعد أخذ أرشه؛ هل يجب رد الأرش أم لا؟ فإن قلنا: يجب، ردها وما نقص وإن قلنا: لا يجب رد الأرش؛ غرم قيمة العصير، والجمهور على ضمان العصير بالمثل لا بالقيمة.

وحكى الرافعي وغيره على قول ضمان المثل من العصير وجهًا أن الخل يكون للغاصب كالوجه الذي حكيناه فيما إذا غصب الخمر فتخللت في يده.

واعلم أن ما ذكرناه من الخلاف جار فيما لو غصب بيضة فتفرخت عنده، أو بذرًا فزرعه فنبت واذداد، أو بذر قزّ فصار قزًا فعلى [القول][(٣)] الأول وهو الصحيح يكون ذلك للمالك ولا يغرم [له][(٤)] الغاصب[(٥)] إلا ما نقص عن قيمة الأصل، وعلى الثاني يغرم البدل، والحاصل للمالك على أظهر الوجهين، وللغاصب على مقابله.

فرع: لو انقلب العصير خمرًا ولم ينقلب خلًّا.

قال الماوردي: وجب على الغاصب قيمته، وهل له أخذ الخمر؟ فيه وجهان:

قال: **وإن غصب صَليبًا أو مِزمارًا فكسره** [أي الكسر المأمور به **لم يضمن الأرش** لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ إِذَا حَرَّمَ شَيْئًا حَرَّمَ ثَمَنَهُ»[(٦)] وهذه الصنعة محرمة فلا قيمة لها][(٧)] **أما إذا زاد على الكسر المأمور به بحيث فوت بكسره صلاحيته لمنفعة مباحة كانت تحصل مع الكسر المأمور به - لزمه ما بين قيمته مكسورًا**

---

(١) في أ، جـ: غير.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، جـ.
(٤) سقط في أ، جـ.
(٥) في أ: للغاصب.
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) ما بين المعقوفين في د هكذا: آنية من ذهب أو فضة، وقلنا: يحرم اتخاذها لما ذكرناه من العلة. وحكى الإمام بعد باب الوليمة وجهًا آخر: أنه تجب قيمة صنعة مثلها إذا كسره الغاصب. قال: وهو غريب غير متجه. أما إذا قلنا بجواز اقتنائه ضمنه جزمًا، قال في الحاوي في باب: الحكم بين المهادنين: وقد ألحق الشيخ أبو حامد كسر الصليب من الذهب والفضة على الوجهين في الأواني - وهو خطأ؛ لأن الصليب لا يجوز اقتناؤه بخلاف الأواني.

[بالكسر المباح][١] وغيره [وقد اختلف الأصحاب في حد الكسر المأمور به][٢] على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكسره [حتى تنتهي][٣] إلى حد لا يمكن اتخاذ آلة محرمة [منه][٤] لا الأولى[٥] ولا غيرها.

والثاني: أن يزيله عن حالته التي قصدت لاستعماله عليها، فالصليب[٦] يرفع أحد الجسمين عن الآخر والعود يزيل وجهه حتى يبقى جفنه، وهذا ما حكاه [الروياني][٧] في البحر.

والثالث وهو أظهرها: أن يكسره[٨] بحيث لا يمكن إعادته إلى تلك الحالة إلا مع عسر.

قال الرافعي: وما ذكرناه[٩] من الاقتصار على تفصيل الأجزاء، فهو [فيما][١٠] إذا تمكَّن المحتسب منه، أما إذا منعه من هو في يده وكان يدفع عن المنكر؛ فله إبطاله بالكسر [قطعًا][١١].

قال الإمام: ولم يكتف أحد من أصحابنا بقطع الأوتار مع ترك الآلات، وادعى في الوسيط في ذلك الإجماع.

تنبيه: [الصليب][١٢] يجمع على صُلُب وصُلبَان، وثوبٌ[١٣] مصلَّبٌ: عليه نقش؛ كالصَّليب.

قال الماوردي: وهو موضوع على معصية؛ لزعمهم أن عيسى ابن مريم - عليه السلام - قتل وصلب على مثله واعتقدوا إعظامه[١٤] طاعة، والتمسك به قربة، وقد أخبر الله تعالى بكذبهم فيه ومعصيتهم به فقال: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَكِن شُبِّهَ لَهُمْ﴾ [النساء: ١٥٧] وقال تعالى: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ يَقِينًا﴾ [النساء: ١٥٧]

---

(١) في جـ: الكسر المأمور به.
(٢) سقط في جـ.
(٣) سقط في جـ.
(٤) سقط في جـ، د.
(٥) في جـ: للأولى.
(٦) في جـ: بالصليب.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) في جـ: يزيله.
(٩) في جـ، د: ذكر.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في أ، جـ: وبور.
(١٤) في جـ: تعظيمه.

[وفيه تأويلان: أحدهما: أن الكناية راجعة إلى عيسى، وتقديره وما قتلوا عيسى يقينًا][(١)].

والثاني: أنها ترجع إلى العلم به، وتقديره: وما قتلوا العلمَ به يقينًا، من قولهم: قَتلت ذلك علمًا إذا تحققته ومنه جاء [الحديث به][(٢)]: قتلت الأرض جاهلها، [وقتلت أرض عالمها][(٣)].

المزمار: بكسر الميم، واحد المزامير وزَمَرَ يَزمِر، [ويزمُز][(٤)] زمرًا، فهو زمار.

وقال الجوهري: ولا يكاد يقال: زامر، قال: ويقال: للمرأة زمَّارة. قال: ويقال للمزمار: مزمور، بفتح الميم وضمها.

قال النواوي: وبالوجهين ضبطناه في الحديث الصحيح.

قال: **وإن اختلفا في رد المغصوب؛ فالقول قول المغصوب منه**؛ لأن الأصل عدم الرد، وإن اختلفا في تلف المغصوب، فادعاه الغاصب وأنكره المالك، فالقول قول المالك على وجه؛ لأن الأصل البقاء.

والأصح أن القول قول الغاصب؛ لأن ذلك قد يكون [خفيًّا، وقد][(٥)] يعجز عن إقامة البينة، فلو لم يصدقه [الجلد انحبس][(٦)] عليه، ولم يجد منه مخرجًا فعلى هذا إذا حلف هل يلزمه البدل؟ فيه وجهان:

وجه المنع: [أن المالك][(٧)] يزعم أن العين قائمة، فلا يستحق القيمة.

والأصح: أن له ذلك إذ تعذر الرجوع عليه بسبب الحلف.

قال: **وإن اختلفا في قيمته فالقول قول الغاصب**) لأنه غارم[(٨)] والأصل براءة ذمته، وعلى المالك البينة بقدر القيمة إن لم يرض بما قاله الغاصب، ويكفي[(٩)] فيها عند [أبي إسحاق][(١٠)] شاهد[(١١)] ويمين، [وشاهد][(١٢)] وامرأتان.

وعن[(١٣)] ابن أبي هريرة طريق ذلك [طريق][(١٤)] الحكم فلا

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ: وقيل أرض عالمًا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في جـ: حقًا و.
(٦) في أ: التجلد الحبس.
(٧) في أ، د: أنه.
(٨) في جـ: غاصب.
(٩) في د: ويكتفى.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في د: يشاهد.
(١٢) سقط في جـ.
(١٣) في أ: وعند.
(١٤) سقط في د.

مدخل[١] للنساء[٢] فيه.

قال أبو الحسن[٣]، والأولى قول أبي إسحاق: كذا حكاه الزبيلي[٤] في [كتابه][٥] أدب القضاء له، [و][٦] ينبغي للبينة أن تشهد بأن قيمة المغصوب كذا، فلو أقام من يشهد على الصفات دون القيمة لم يجز للمقومين [أن يعتمدوا][٧] على الوصف في التقويم؛ لأن المشاهدة هي المعرفة للقيمة[٨].

وعن صاحب التقريب رواية قول غريب: أن لهم الاعتماد على الصفات، وينزل على أقل الدرجات؛ كما في السلم.

والفرق على الأول: أن السلم من باب الرخص فلا يقاس عليه، فعلى هذا لو أبعد[٩] الغاصب في التقليل فيطالب بأن يرتقي إلى [أول][١٠] درجة تحتمل هذه الصفات.

ولو ذكر الغاصب أن القيمة مائة، فأقام المالك بينة بأنها فوق المائة ولم يعينوا قبلت [هذه][١١] الشهادة في وجوب الزيادة على المائة على الأصح، وهو الذي عليه الأكثرون.

وفائدة ذلك: أن يزيد على ما ذكره ويرتقي[١٢]، فإن زاد فقالت البينة: كانت القيمة أكثر من ذلك[١٣] فيكلفه الزيادة إلى أن ينتهي إلى موقف لا يقطع الشهود بالزيادة عليه.

قال الإمام: ولا ينحصر ما صورناه بالغصب، بل لو ادعى رجل على آخر[١٤] ألف درهم فاعترف المدعى عليه بخمسمائة، فأقام المدعي بينة أن له عليه أكثر من خمسمائة، فالأمر فيه على التفصيل الذي ذكرناه.

ولو وقع اختلاف المالك والغاصب في صفات المغصوب، فقال المالك: إنه

---

(١) في جـ: ندخل.
(٢) في جـ: النساء.
(٣) في جـ: الحسين.
(٤) في أ: الرملي.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) سقط في جـ.
(٧) في أ، د: الاعتماد.
(٨) في أ: في القيمة.
(٩) في أ: بعد.
(١٠) سقط في جـ.
(١١) سقط في أ، د.
(١٢) في د: يرقى.
(١٣) في د: هذا.
(١٤) في أ، د: رجل.

كان سالم الأعضاء، و [قال][1] الغاصب إنه [كان][2] مقطوع اليد؛ فالقول قول المالك على الأصح من القولين.

ولو قال الغاصب به عيب من أصل الخلقة مثل كونه أكمه، أو أنه ولد أعمى، أو أعرج، أو عديم اليد، فالقول قوله على الأصح.

وقيل: القول قول المالك في نفي ذلك.

وقيل: إن كان ما ادعاه الغاصب مما يندر من العيوب؛ فالمصدق المالك، وإن كان مما لا يندر؛ فالمصدق الغاصب.

ولو ادعى المالك أن المغصوب كان كاتبًا أو محترفًا، وأنكر[3] الغاصب فالقول قوله على الأصح.

وحكى العراقيون: أن القول قول المالك؛ لأنه أعرف بحال مملوكه.

وحكى الماوردي الخلاف في أن القول قول المالك أو قول الغاصب في الصورتين الأوليين في كتاب العتق، وفحوى كلامه الجزم في الأخير[4] بأن القول قول الغاصب.

ولنختم الباب بفروع تتعلق به.

وهو إذا غصب أرضًا فحاله فيها تنقسم[5] أربعة أقسام:

الأول: أن يبني فيها، ويغرس، فينظر إن كان البناء والغراس له - أجبر على قلعه مجانًا، ولا يجبر على أخذ قيمة البناء والغراس. وإن كان قلعه يضر بالأرض لما روى هشام بن[6] عروة عن أبيه أن رجلًا غصب أرضًا من رجلين من بني بياضة من الأنصار فغرسها نخلًا [عما][7] فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ فأمر بقلعه، فروي عنه أنه قال [: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[8] قال][9] عروة فأخبرني من رأى القوس يعمل في أصولها.

وفي قوله: [نخلًا عما][10] تأويلان:

(١) سقط في د.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: فأنكر.
(٤) في أ: الأخريين.
(٥) في د: ينقسم.
(٦) في أ: عن.
(٧) سقط في أ.
(٨) تقدم تخريجه.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: له.

أحدهما: طوالا.

والثاني: أنها [قد][(١)] عمت بخيرها، ومنه قوله ﷺ «... عَمَّتكُمُ النَّخْلَةَ»[(٢)] يعني: عمت بخيرها.

وقيل: بل عنى أنها[(٣)] خلقت من فضل[(٤)] طينة آدم، فصارت عمة في النسب، والعروق أربعة:

عرقان ظاهران: البناء، والغراس، وعرقان باطنان: البئر، والنهر، كذا نبه عليه الماوردي في أثناء الباب.

إذا ثبت ذلك فإذا قلع البناء والغراس نظر[(٥)] في الأرض؛ فإن لم تنقص بالقلع فلا شيء على الغاصب سوى الأجرة، وإن نقصت؛ لكونها صارت حفرًا، فالغاصب ضامن لها غير أن الشافعي قال هنا: يرد ما نقصت الأرض، وقال في البيوع في رد[(٦)] الحجارة المستودعة: إن عليه تسوية الأرض، فاختلف الأصحاب كذلك في المسألة؛ فبعضهم خرج المسألتين[(٧)] على قولين، وبعضهم فرق بأن الغاصب متعد فغلظ[(٨)] حكمه بالأرش، والبائع غير متعد فخفف[(٩)] حكمه بتسوية الأرض، فعلى هذا [هل][(١٠)] تجب الأجرة مع الأرش أو [يتم][(١١)] أكثرها؟[(١٢)] فيه وجهان في البحر كما في الثوب وغيره، واستبعد مجيء القول الثاني هنا.

ولو باع الغاصب [ذلك من مالك الأرض صح، ولو باعه من غيره، فإن كان بشرط البقاء بطل، وإن كان بشرط القلع والنقص][(١٣)] جاز، وإن أطلق فوجهان.

ولو باع مالك الأرض الأرض صح، وكان للمشتري إجبار الغاصب على

---

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه أبو يعلى في مسنده (١/ ٣٥٣)، وأبو نعيم في الحلية (٦/ ١٢٣)، والعقيلي في الضعفاء (٤/ ٢٥٦)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (٧/ ٣٨٢).
قال المناوي في الفيض (٢/ ٩٥): الحديث في سنده ضعف وانقطاع.

(٣) في د: بها.

(٤) في أ: فضله.

(٥) في أ: ينظر.

(٦) في د: قلع.

(٧) في د: المسألة.

(٨) في د: فيغلظ.

(٩) في د: فيخفف.

(١٠) سقط في د.

(١١) سقط في أ.

(١٢) في د: أكثرهما.

(١٣) سقط في د.

القلع، ولا يستحق البائع أرش نقص الأرض بالقلع؛ لأن المشتري دخل على عيبه.

قال الماوردي ويكون البيع سببًا[(١)] لسقوط الأرش عن الغاصب، ولو كان البناء، والغراس [لصاحب الأرض، فإن رضي بأن يأخذها لذلك أخذها، ولا شيء عليه من مؤنة الغراس، والبناء][(٢)]، وليس للغاصب أن يزيل ذلك، ولو طالبه المالك بالإزالة؛ نظر إن كان له فيه غرض صحيح أجبر عليه، ولزمه غرم تنقيص[(٣)] الغراس والبناء عما كان قبل الغراس والبناء، وعليه نقص الأرض أيضًا، وإن لم يكن في قلعه غرض صحيح[(٤)] لقاصد؛ فهل يجبر على القلع؟ فيه وجهان: -

فإن قلنا بعدم الإجبار فللمالك مطالبته إذا لم يقلع بأرش ما ينقصه القلع عن الحالة التي كان عليها المغصوب قبل الغرس والبناء؛ لأنه لما استحق المطالبة به مع التزام مؤنة القلع؛ فأولى مع عفوه عنها.

وإن قلنا بمقابله، فلا.

ولو كان الغراس والبناء مغصوبين من ثالث فلكل من رب الأرض والغراس والبناء أن يأخذ الغاصب بالقلع [إن كان له غرض][(٥)]، ويرجع كل منهما عليه بأرش ما نقص، ولو اشترى مالك الأرض الغراس والبناء - كان له مطالبة الغاصب بالقلع إن كان له غرض ويرجع بنقص البناء والغراس دون[(٦)] الأرض.

ولو هرب الغاصب عن أن يلتزم لهما مؤنة القلع، واختلفا في تحملها ففيمن يجب عليه منهما؟ فيه وجهان.

ولو كان [الغراس في أرض][(٧)] فقلعه الغاصب، فإن كان باقيًا؛ ففي كيفية ضمانه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: ما بين قيمة [الشجر قائمًا ومقلوعًا.

---

(١) في د: مثبتًا.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ: تنقيض.
(٤) في د: يصح.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: في.
(٧) في د: الأرض.

والثاني: يضمن ما بين قيمة][1] الأرض ذات شجر قائم وبين[2] قيمتها والشجرُ مقلوع منها؛ لأن تعديه قد سرى إلى الأرض.

والثالث: أنه يضمن أغلظ الأمرين.

وإن كان قد استهلك الشجر بعد قلعه، فعلى الأول يضمن قيمة الشجر قائمًا، وعلى الثاني ما نقص من قيمة الأرض بقلع الشجر، وعلى الثالث أغلظ الأمرين كذا قاله الماوردي.

القسم الثاني: أن يدفن فيها ميتًا، فإن[3] الغاصب يجبر على نبشه، وإن كان فيه انتهاك حرمة الميت، ثم إذا نبش ضَمِن أرش نقصها كما تقدم، فلو قال المالك: أنا أقر الميت في الأرض إن ضمن لي نقص الأرض بالدفن فيها؛ ففي إجبار الغاصب على بدله وجهان في الحاوي.

القسم الثالث: أن ينقل ترابها، وله حالتان:

إحداهما: أن[4] يكون [قد][5] كشطه من على وجه الأرض، فللمالك إجباره على رده على صفته إن كان باقيًا، ومثله إن كان تالفًا؛ سواء كان للمالك به نفع أم لا، وسواء عظمت مؤنة ذلك أو خفت، ولو لم يجد مثله ضمن القيمة، وفيها وجهان:

أحدهما: وهو ما نقله المزني عن الشافعي في «الكبير»-: أنه تقوم الأرض وعليها التراب الذي أخذ منها، ثم تقوم بعد أخذه منها، ويجب ما بينهما.

والثاني: - أكثر الأمرين من هذا أو[6] من قيمة التراب بعد نقله عن الأرض، حكاه الماوردي، ولو لم يطالبه المالك بالرد نُظر فإن كان للغاصب[7] في الرد غرض؛ بأن دخل الأرض نقص[8] يرتفع برد التراب، أو كان قد نقله إلى ملكه أو إلى دار غيره أو إلى شارع يحذر من التعثر[9] به الضمان، فله الاستقلال بالرد، وإن لم يتيسر [عليه في الصورتين الأخريين، نقله الى موات أو نحوه كما قيده

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في جـ، د.
(٣) زاد في أ: كان.
(٤) في د: إحداهما.
(٥) سقط في جـ.
(٦) في د: و.
(٧) في أ، جـ: الغاصب.
(٨) في جـ: تقع.
(٩) في جـ: التعبير.

الإمام والماوردي، دون ما إذا تيسر][1] وله عند إعادته بسطه كما كان، فإن منعه المالك مِنْ بَسْطه لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطًا، وإن لم يكن له غرض فإن منعه [المالك][2] من الرد لم يرده، وإن لم يمنعه وخالف فهل يفتقر إلى الإذن؟ فيه وجهان في التتمة؛ بناء على وجهين في أنه لو منعه فخالف ورد، هل للمالك[3] مطالبته بالنقل ثانيًا؟ إن قلنا: لا، رده من غير إذنه، وإن قلنا: نعم، فلا بد من إذنه وهو الأظهر.

الحالة الثانية: أن يحفر في الأرض بئرًا وينقل ترابها، فإن أمره المالك بطمِّها لزمه، إن كان له فيه غرض صحيح، وإلا فوجهان حكاهما الماوردي، وإن لم يأمره، كان له أن يستقل به، خلافًا للمزني، فلو تراضيا على تركها فذاك لهما، وعلى الغاصب ضمان ما يسقط فيها، لتعديه بحفرها، وليس لرب الأرض أن يطالبه بمؤنة السد، وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد كذا قاله الماوردي، ولو منعه المالك من السد، وقال: رضيت باستدامة البئر، فإن كان للغاصب غرض في الطم سوى دفع ضمان التردي كما ذكرناه فله الطم، وإن لم يكن له غرض سواه فوجهان، أظهرهما: - وهو قول ابن أبي هريرة-: المنع، ويندفع عنه الضمان؛ لخروجه عن أن يكون جناية وتعديًا.

وقد عبر الماوردي وغيره عن محل الوجهين فيما[4] إذا أبرأه المالك من الضمان.

وقال الإمام: ليس معناه حقيقة الإبراء، فإن الضمان حق عساه يثبت للمتردي فكيف يبرئ عن حق الغير قبل ثبوته، وإنما المراد الرضا بإنقاء البئر.

وقال أيضًا: إن محل جواز الطم له إذا كان بعين[5] التراب المنقول، أما إذا كان قد تلف؛ ففي جواز الطم بتراب آخر دون إذن المالك وجهان.

قال الرافعي: - والظاهر أنه لا فرق بين ذلك [التراب][6] وغيره، ولو لم يقل المالك: رضيت باستدامة البئر واقتصر على المنع من الطم ففي التتمة: أنه كما لو صرح بالرضا.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في جـ.
(٣) في جـ، أ: له.
(٤) في أ: بما.
(٥) في جـ: بعض.
(٦) سقط في جـ.

وقال الإمام: لا يتضمنه.

ولو كان الغاصب قد طوى [البئر][١] من مال نفسه فله نقضه، وللمالك إجباره عليه، فإن وهب[٢] ذلك منه لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين، ثم إذا أعاد هبة الأرض إلى ما كانت في الحالتين إما بطلب المالك أو دونه، فإن لم يدخل الأرض نقص فلا أرش عليه، [وعليه الأجرة][٣]، وإن دخلها نقص ففي كيفية جبره ما ذكرناه في حال البناء والغراس.

القسم الرابع: أن يترك الأرض في يده من غير أن يتصرف [فيها][٤] فيجب عليه أجرة مثلها[٥]، فلو نقصت بسبب ترك[٦] الزراعة؛ كأرض البصرة - ضمن أرش النقص قاله [القاضي الروياني][٧] في البحر. [والله أعلم][٨].

آخر: غصب المشاع متصور عندنا.

قال الشافعي في كتاب الشركة: إذا كان العبد بين[٩] شريكين فغصب رجل حصة أحدهما، ثم [إن][١٠] الغاصب والشريك الآخر باعا العبد من رجل[١١] فالبيع جائز في نصيب الشريك البائع، ولا يجوز بيع[١٢] الغاصب، كذا حكاه [عنه][١٣] القاضي أبو الطيب في شرح الفروع في مسألة أولها: -

لو أن رجلًا وكَّل شريكه في عبد أن يبيع نصيبه [مع نصيبه][١٤] وإذا كان ذلك متصورًا فتصوره في غير الغاصب من طريق الأولى، لكن قد أشار الأصحاب عند الكلام في ما إذا أقر بعض الورثة [بنسب][١٥] وكذبه الآخر [إلى][١٦] أن الوارثَين إذا وضعا أيديهما[١٧] على التركة يكون يد كل واحد منهما على جميعها كما سنذكره ثَمَّ إن شاء الله تعالى، وفيه نظر. والله أعلم.

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ: ذهب.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في جـ.
(٥) في أ: المثل.
(٦) في د: بدل.
(٧) سقط في أ، د.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، جـ: أبين.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: رجلين.
(١٢) في أ: مع.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) سقط في د.
(١٥) سقط في د.
(١٦) سقط في أ.
(١٧) في أ: يدهما.

فهرس المحتويات

باب الحجر ٣
باب الصلح ٥١
باب الحوالة ٩٠
باب الضمان ١٢١
باب الشركة ١٧٧
باب الوكالة ١٩٩
باب الوديعة ٣٢٠
باب العارية ٣٥٦
باب الغصب ٤٠٩

* * *

KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH

by

Imām Najmuddīn Ibn al-Rif[c]ah

Edited by

Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm

Volume X

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKi
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban